

LAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD ANTICIPADA Y LA AUTONOMÍA DE LA PERSONA

MARTÍN APARICIO HOWARD ZULUAGA

1ª PARTE: INTRODUCCIÓN

Se ha observado por la doctrina que “en el esquema del Derecho anglosajón y del *common law* en principio prevalece la autodeterminación y libertad del individuo, pues se considera que bajo un gobierno libre, el primer y más grande derecho del ciudadano libre, que subyace a todos los otros, es el derecho a la inviolabilidad de la persona; en otras palabras, el derecho a sí mismo”.

“Por el contrario y sin que ello implique desprecio de la libertad individual, en los sistemas continentales y latinos se hace prevalecer el orden público, la salud y el bienestar general por encima del bien de cada individuo a título personal”¹.

Pero estas afirmaciones han quedado (al menos tendencialmente) sin vigencia, como consecuencia del desarrollo normativo en diversos países continentales y latinos de temas que conciernen a la autodeterminación y la libertad del individuo en lo relativo al cuidado de su salud; a modo de ejemplo, se puede mencionar la ley de Voluntad Anticipada N° 18.473 en Uruguay y la de Instrucciones Previas N° 41/2002 en España.

Según lo que surge del informe parlamentario de la citada ley N° 18.473, su incorporación al ordenamiento jurídico nacional ha tenido un triple fundamento: la protección de la dignidad del ser humano, el respeto de su autonomía y salvaguardar la responsabilidad de las partes involucradas².

Todo ser humano es digno por el solo hecho de ser persona, lo cual supone que tiene el derecho a ser protegido y defendido jurídicamente por su sola condición de tal. Es por su dignidad que la persona puede rechazar tratamientos médicos con el fin de evitar un encarnizamiento terapéutico. Esto último no quiere decir que mediante las voluntades anticipadas se busque legalizar la eutanasia, sino que, muy por el contrario, se busca que la persona disfrute de una vida digna, en concreto en sus últimos momentos, sin ser objeto de tratamientos que vayan contra su concepción de lo que una vida digna implica. Como bien afirma DELPIAZZO, “el derecho a morir con dignidad no es un derecho ni al suicidio asistido ni a la fuga solitaria del teatro de la vida, sino a vivir la muerte con dignidad, o sea, siendo cuidado, asistido y respetado hasta el final”³.

En lo atinente a la autonomía, se pretende que la propia persona sea quien decida sobre los aspectos que van a afectar su vida; en el caso en estudio, que sea ella quien determine sobre la continuación o suspensión de tratamientos médicos de encontrarse en estado terminal. Con relación a la autonomía es menester “resaltar la importancia de que el paciente mantenga un cierto control sobre los diversos aspectos de su vida, que no pierda la libertad de elegir, según sus propios valores y conceptos, la calidad de vida que desea obtener hasta el final de sus días”⁴. Pero no puede perderse de vista que este derecho a la autodeterminación que tienen los seres humanos encuentra su límite en la dignidad de cada persona, porque no es dable adoptar una medida arbitraria y caprichosa; antes bien, debe ser una decisión acorde con la dignidad, razón por la cual no podemos aceptar la resolución inconsistente de un sujeto de ser privado de su vida.

Por último, la norma busca proporcionar seguridad a la actuación de los médicos y demás asistentes de la salud, dada la poca certeza que existía antes de ella sobre las acciones u omisiones adoptadas en los últimos momentos de vida del paciente, principalmente si de las mismas podía derivar algún tipo de responsabilidad. La ley regula la actuación del médico, amparando su responsabilidad en aquellos casos donde cumpla con lo establecido en ella, lo cual nos lleva a sostener que se trata de una verdadera causa de justificación.

1 HIGHTON, “La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona”, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 1, Daño a la persona, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1990, págs. 166-167.

2 Anexo I del repartido N° 328, setiembre de 2006.

3 DELPIAZZO, Dignidad humana y derecho, Ed. Universidad de Montevideo, 2001, págs. 31-32.

4 MEJÍA ROSASCO, Estipulaciones de autotutela para la propia incapacidad. La penúltima voluntad, Ed. Grijley, Perú, 2009, pág. 92.

También se determina la situación de los parientes del paciente, destacándose el rol que tienen en los supuestos en que no se haya otorgado un documento de voluntad anticipada, siendo ellos los legitimados para tomar la decisión acerca de la continuación o no de los tratamientos que aquél debe recibir.

En otro orden de cosas se ha entendido por la doctrina que las disposiciones para la propia incapacidad, en general, y las declaraciones de voluntad anticipada, en particular, persiguen dos finalidades fundamentales:

“Por un lado, expandir al máximo la autonomía de la voluntad del sujeto, extender la libertad de decidir sobre su propia persona, aún en aquellos momentos en los que no estuviere consciente”⁵. Es que el derecho de otorgar un documento de voluntad anticipada conlleva el reconocimiento del señorío que tiene toda persona a decidir lo que quiere para su vida. La confección de estos documentos implica la prolongación de su autonomía, aún en los casos en que ya no se encuentra mentalmente sana.

“Por otro lado, busca impedir que los terceros invadan la esfera íntima de su ser, introduciendo pautas de conductas que el otorgante no comparte o, aplicando valores de vida que no se encuentran acordes con su manera de pensar”⁶. La persona puede legítimamente exigir que se respeten sus creencias y convicciones, teniendo derecho a una determinada calidad de vida, y por ende, la potestad de evitar que se le impongan tratamientos desproporcionados, que no redunden en su beneficio, sino que sólo le signifiquen una prolongación innecesaria del dolor.

En síntesis, podemos concluir en que las voluntades anticipadas cumplen una doble finalidad: por una parte, reconocen la libertad y la autonomía, y por otra, protegen el derecho a la intimidad y a la privacidad de las personas.

1. ¿Qué son las voluntades anticipadas?

En la doctrina se ha señalado que “las voluntades anticipadas son declaraciones unilaterales escritas, dirigidas al personal sanitario y a otras personas significativas, donde una persona mayor de edad expresa los tratamientos que desea o no desea que se le apliquen en diversas circunstancias médicas futuras, para que dirijan la toma de decisiones médicas cuando ella ya no tenga la capacidad de expresarse por sí misma”⁷.

Y también se ha dicho que estos documentos pueden ser definidos como la “declaración de voluntad efectuada por una persona mayor de edad, competente y capaz, mediante la cual manifiesta anticipadamente su voluntad de dejar expresadas instrucciones relacionadas con la toma de decisiones vinculadas a su salud, en caso de padecer una enfermedad terminal e irreversible u otro evento, para ser tenidas en cuenta en el momento en el que concurran circunstancias que no le permitan expresar personalmente su voluntad”⁸.

Compartimos casi en su totalidad las definiciones señaladas, con la sola mención de que, según la ley 18.473, los documentos de voluntad anticipada son obligatorios para las instituciones de salud, por lo que están constreñidas a cumplir con los mismos (art. 10, lit. A). En definitiva, estos documentos recogen un consentimiento anticipado, para el caso que no se pueda emitir cuando la persona debe pronunciarse acerca del tratamiento que se le debe proveer de verse afectada por una enfermedad terminal.

Sobre estos instrumentos podemos encontrar una amplia diversidad terminológica, dado que su denominación fue variando con el paso del tiempo, a medida que se delimitaba su alcance y contenido por parte de la doctrina y la legislación de los diferentes ordenamientos.

En un primer momento el documento que contenía esa manifestación de voluntad fue designado como **testamento vital** (*living will*), a pesar de que, en puridad, no se trata de un negocio *mortis causa*, principalmente porque sus efectos se producen en vida del otorgante y su contenido típico no refiere a aspectos patrimoniales.

Otra designación que se le ha otorgado a estos instrumentos es la de **disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad**. Estimamos que se trata de una denominación demasiado amplia, dado que pueden incluirse en ella aspectos no previstos por la ley N° 18.473. Por el contrario, si la norma en estudio no se limi-

5 SANTOS BELANDRO, Minoridad y ancianidad en el mundo actual: un estudio desde el Derecho Internacional Privado comparado. El testamento vital, A.E.U., Montevideo, 2007, pág. 420.

6 SANTOS BELANDRO, ibídem.

7 GRADIN, “Voluntad anticipada. Ley 18.473”, Jornadas Académicas de actualización en Técnica Notarial, F.C.U., Mdeo., 2011, pág. 272.

8 AIZENBERG, GÓMEZ, OSTROLENCKI, REYES, SICILIA, VILLAGOMEZ y YOSHIMURA, “Directivas médicas anticipadas”, Revista Crítica de Derecho Privado, n° 6 (2009), pág. 1009.

tara exclusivamente a aspectos atinentes a la salud del incapaz, como por ejemplo, designación de curador por el propio sujeto o la posibilidad de estipular sobre tópicos patrimoniales, sería la más adecuada⁹.

El ordenamiento jurídico nacional ha optado por la denominación de **voluntad anticipada**; y si bien ella no nos parece errónea, tampoco parece muy afinada, dado que el propio concepto no delimita precisamente el ámbito de aplicación.

En nuestra opinión, la denominación adecuada hubiera sido **directivas médicas anticipadas**, con base en que la expresión *directivas* implica dirección y criterios a seguir por quienes deban cumplir con las mismas; por su parte, *médicas* delimita el objeto del documento; y por último, son *anticipadas*, por haber sido establecidas para un cumplimiento futuro y eventual.

2. Origen

La posibilidad de expresar la voluntad para el caso de padecer una afección terminal surge principalmente por la mayor convicción que empieza a tener la persona en torno al consentimiento informado (incluso, podemos afirmar que los documentos de voluntad anticipada, vendrían a ser una especie dentro del consentimiento informado), es decir, la posibilidad que ellas decidan sobre aspectos que afectan su persona, dejando a un lado el paternalismo médico¹⁰.

Su origen se ubica, según la mayoría de la doctrina, en los Estados Unidos de América, más precisamente en Chicago. Se le reconoce al abogado Luis Kutner, en el año 1967, la realización de un documento en donde las personas pudieran plasmar su voluntad en el sentido de que no se le aplicaran tratamientos en caso de encontrarse en un estado terminal de salud.

Al momento de la creación de este instrumento, no existía ninguna normativa que lo regulara, sino que es como consecuencia de dos casos jurisprudenciales que comienza su desarrollo normativo. El primero de ellos, fue el caso de Karen Ann Quinlan (1976), y tuvo como efecto que ese mismo año se incorporara al ordenamiento jurídico de California la Ley de Muerte Natural (*Natural Death Act*). El segundo, fue el emblemático caso de Nancy Cruzan en el año 1990, y determinó que un año después (1991) se creara la Ley de Autodeterminación del Paciente (*Patient Self Determination Act*) a nivel federal.

3. Caracteres de la voluntad anticipada¹¹

- Se trata de un **negocio jurídico**, por lo que es una manifestación de voluntad contemplada por el ordenamiento jurídico que produce efectos jurídicos. “El negocio jurídico es un supuesto de hecho que contiene una o varias declaraciones de voluntad y que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido”¹².
- Dicho negocio jurídico se encuentra **sujeto a condición suspensiva**, dado que para que produzca sus efectos, se requerirá que el otorgante devenga incapaz de exteriorizar su voluntad.
- **Solemne**: para ser válido es necesario que cumpla con ciertas formas establecidas por la ley (art. 2): debe constar por escrito, sea en documento privado o público. No puede ser oral, la propia norma establece la exigencia de que la voluntad conste por escrito. No se menciona la imposibilidad de que el mismo sea ológrafo, por lo que en caso de cumplirse con los requisitos reclamados por la ley sería válido, pues entraría dentro de la categoría de documento escrito.

9 Esta denominación en la doctrina argentina ha sido adoptada por TAIANA DE BRANDI y ROGELIO LLORENS, Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, Ed. Astrea, Bs. As., 1996. Mientras que en la doctrina uruguaya la recibe: PECOY TAQUE, “Disposiciones y estipulaciones del plenamente capaz para regir en caso de la propia y eventual incapacidad”, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, año II (2003), n° 3.

10 Incluso en este marco se ha señalado que “el desarrollo de la doctrina del consentimiento informado (...) es un precedente incuestionable para la discusión sobre la ampliación de ese derecho a la posibilidad de tomar decisiones a más largo plazo”. (MARTÍNEZ LEÓN, QUEIPO BURÓN, MARTÍNEZ LEÓN, y JUSTEL GÓMEZ, Análisis médico-legal de las instrucciones previas (<Living Will>) en España, Revista de la Escuela de Medicina Legal, junio de 2008, pág. 18, en http://www.ucm.es/info/medlegal/5%20Escuelas/escumedlegal/revista/articulos_pdf/2_8_2008.pdf).

11 Salvo algunos aspectos, la mayor parte de los caracteres los compartimos con BAGDASSARIÁN, SAPRIZA DE MERCANT y TELLECHEA, “Reflexiones en torno a: El testamento vital”, Revista Uruguaya de Derecho de Familia, n° 17, F.C.U., págs. 121 y 122. También se hace mención a ellos por: SAUX, “Vida, muerte y dignidad. Los testamentos vitales. Utilidad y alternativa”, La Ley Online Uruguay, pág. 4.

12 Enneccerus – Nipperdey, Derecho Civil. Parte general, T. I, vol. II, pág. 63-64, cit. por COMPAGNUCCI DE CASO, El negocio jurídico, Ed. Astrea, Bs. As., 1992, pág. 69.

- Es **unilateral**, porque basta para su formación la voluntad del interesado. Sin embargo, el art. 6° menciona la necesidad de nombrar a un sujeto, denominado representante, estableciendo que será necesaria su aceptación, razón por la cual puede llegarse a entender que se trata de un acto bilateral.
- **Unipersonal**, sólo puede ser la declaración de voluntad de una sola persona.
- **Exclusivo de las personas físicas**.
- **Personalísimo**: la facultad de otorgar una voluntad anticipada no puede ser ejercida por persona diferente al interesado en exteriorizarla; asimismo, es intransmisible. A pesar de ello, para el caso de que el paciente no haya suscrito un documento de voluntad anticipada, el art. 7° prevé una nómina de personas relacionadas con el paciente, que están legitimadas para decidir sobre los futuros tratamientos de éste.
- **Recepticio**: lo exteriorizado debe llegar a conocimiento del médico tratante y de la institución para arribar a su cumplimiento. La disconformidad del profesional interviniente con lo expresado o dispuesto no tiene relevancia jurídica en lo que refiere a su cumplimiento, pero la norma le reconoce el derecho a plantear su objeción de conciencia (art. 9°).
- **Esencialmente revocable**: el otorgante lo puede dejar sin efecto en cualquier momento y sin formalidad alguna. Esta prescindencia de cualquier tipo de formalidad es consecuencia de la importancia que tienen los valores en juego.
- Estos documentos son **imprescriptibles e incaducables** por el mero paso del tiempo, dado que la norma no establece su extinción por estas causales. A pesar de ello, estimamos que el otorgante podría establecer de forma válida un plazo de vigencia del documento.
- Sus disposiciones son de naturaleza **extrapatrimonial**. Sus disposiciones típicas son de esta naturaleza, pero debido al silencio de la ley no es posible pronunciarse sobre la imposibilidad de establecer estipulaciones de naturaleza patrimonial (por ejemplo: los emolumentos que corresponderán a quienes se ocupen de que se cumpla la voluntad de quien emite su voluntad, las cuales constituirán su contenido atípico).
- En cuanto al momento en que produce sus efectos, se trata de un negocio *inter vivos*, ya que despliega sus efectos en vida del interesado. Pero, como ya mencionamos anteriormente, los mismos se encuentran suspendidos hasta que se verifiquen los supuestos requeridos por la ley.

4. Importancia de la acción de amparo en los asuntos relacionados con la salud

Debido a la significación de los bienes jurídicos en juego y a la urgencia con la que se deben adoptar ciertas decisiones, cabe admitir como mecanismo sumamente eficaz para la solución de controversias en cuestiones atinentes a la salud a la acción de amparo. Esta herramienta regulada por la ley N° 16.011 de 19 de diciembre de 1988, resulta el medio más adecuado y con la rapidez suficiente para evitar una suspensión irregular de los tratamientos, especialmente si se tiene en cuenta el exiguo plazo de 48 horas que tiene la Comisión de Bioética para decidir sobre la continuidad o no, previéndose la aprobación tácita de la suspensión como consecuencia al no pronunciamiento en dicho plazo (art. 8° de la ley 18.473).

Como expresa RISSO FERRAND, “Sólo procede la acción de amparo para la defensa de los derechos y libertades constitucionales cuando no exista otro medio judicial o administrativo que permita obtener el mismo resultado (art. 2° de la ley 16.011)”¹³. Debido a las demoras que implica la obtención de un pronunciamiento en un proceso judicial ordinario, es clara la procedencia en estos supuestos de la acción de amparo, la que se distingue por la premura en la obtención de una sentencia.

Se destaca el carácter residual del amparo, dado que el mismo sólo procede cuando otros medios resultan ineficaces para el fin que se procura obtener. “Sabido es que el amparo es un instrumento extraordinario y residual, que sólo corresponde en aquellas situaciones en que, por falta de medios legales, peligra la salvaguardia de derechos fundamentales”¹⁴. La acción de amparo no ha sido concebida como una vía amplia para solucionar las controversias en forma más veloz, sino que por el contrario, se busca la celeridad sólo en aquellas situaciones donde no exista otro medio eficaz para la tutela de los derechos fundamentales.

13 RISSO FERRAND, Derecho Constitucional, T. 1, F.C.U., 2da. Edición, Montevideo, 2006, págs. 530-531.

14 Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Nos 1-2/2009, Anuario de Jurisprudencia de Derecho Procesal 2007-2008, ficha 426, F.C.U., pág. 238.

Es ostensible que el proceso de amparo por ser en extremo sumario, puede no otorgar las máximas garantías, principalmente por no existir la posibilidad de estudiar a fondo el asunto por el Juez. Pero como solución a este punto, es que la 16.011 en su art. 10° ha previsto la posibilidad de recurrir a un Tribunal de Apelaciones, quien decidirá al respecto.

5. Otros posibles contenidos del documento

A pesar de no estar previstos expresamente en la ley N° 18.473, estimamos que el otorgante puede incluir estipulaciones adicionales; y es por ello que haremos referencia a las siguientes posibilidades: destino del cuerpo, donación de órganos y aspectos patrimoniales. Ciertamente, la citada norma se limita a regular los aspectos más importantes sobre las decisiones de salud del incapaz, pero no hace referencia a otros aspectos que se encuentran relacionados con la materia. A modo de ejemplo, a la donación de órganos y al destino del cuerpo, que son temas usualmente regulados por las normas del derecho comparado relativas al tema en análisis.

En este sentido, podemos señalar la ley estatal de España n° 41/2002, que en su art. 11, nal. 1°, establece la facultad de manifestarse anticipadamente «sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo».

En lo que refiere a la donación de órganos, MERINO Y HERNÁNDEZ hace mención especialmente a la ley foral de Navarra, que en el art. 9.1, inc. final prevé que «En la declaración de voluntad anticipada, la persona interesada podrá hacer constar la decisión respecto de la donación total o parcial de sus órganos para fines terapéuticos, docentes o de investigación. En este supuesto no se requerirá ninguna autorización para la extracción o utilización de los órganos donados». Asimismo, cabe destacar la precisión de la norma al delimitar los fines para los cuales procede la donación de los órganos, en tanto se dispone que «el otorgante del documento podrá determinar para cuáles de tales finalidades dona sus órganos, tejidos o piezas anatómicas, si para todos los enumerados por la ley o sólo para alguno de ellos»¹⁵.

También se ha pronunciado sobre estos aspectos la ley de voluntad anticipada para el Distrito Federal de México, en el art. 8°, numeral IV, donde reconoce la posibilidad de manifestarse «respecto a la disposición de órganos susceptibles de ser donados».

Los aportes legales reseñados resultan de gran interés, dado que al no existir previsiones expresas en el ordenamiento jurídico uruguayo, se podría derivar en la comisión de actos no queridos por el titular; a modo de ejemplo, proceder con un destino del cuerpo distinto al realmente deseado, ya sea una cremación en lugar de un entierro o viceversa. Conforme a lo expresado, este tipo de disposiciones deben ser admitidos en los documentos de voluntad anticipada, por aparecer como convenientes para salvaguardar los intereses de la persona.

En el ámbito patrimonial, cabe cuestionarse si “¿es posible señalar las personas que consideramos hábiles para atender el manejo de los bienes ante una eventual incapacidad? ¿Es posible excluir a los parientes inmediatos que no consideremos suficientemente idóneos?”¹⁶. Si entendemos que el instituto aplicable para tal fin es el mandato, sólo podemos concluir que no, debido a la revocabilidad por la incapacidad del mandante (art. 2086, nal. 7 del Código Civil oriental). Este es un problema que el legislador deberá solucionar, dado que es contrario a la concepción sobre la autonomía de la persona que existe en la actualidad y la que se prevé en el derecho comparado.

6. Distinción con la eutanasia.

Tiene gran trascendencia diferenciar la eutanasia –principalmente la denominada eutanasia pasiva– con lo previsto por la ley N° 18.473, en lo atinente a la negativa a recibir tratamientos médicos que vayan contra la dignidad de la persona. Al respecto se ha entendido que la distinción radica en las intenciones, dado que en la primera se busca la muerte de la persona, mientras que en la segunda no se persigue ese resultado, sino proteger a la persona del llamado “ensañamiento terapéutico”, es decir, de la obstinación (terquedad, testarudez y capricho) de continuar con tratamientos que no redundan en un beneficio para el paciente y que, al fin y al cabo, atentan contra su dignidad. Ciertamente, mientras en la eutanasia se busca que ocurra la muerte, con la negativa a recibir los tratamientos se pretende que no se realicen sobre la persona acciones médicas desproporcionadas.

15 MERINO Y HERNÁNDEZ, “La regulación de las “voluntades anticipadas” en el Derecho Español”, VI Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, Bogotá, 14-17 de Noviembre de 2007, http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=vi%20congreso%20academias%20ponencia%202

16 TAIANA DE BRANDI y ROGELIO LLORENS, op. cit., pág. 5.

La eutanasia es éticamente reproachable¹⁷, mientras que la negativa a recibir tratamientos, no lo es. A su vez, la primera es castigada por la Iglesia Católica, en cambio, la segunda es la conducta debida.

En lo que a la primera figura concierne, la Iglesia Católica se ha pronunciado en la Encíclica *Evangelium Vitae*, expresando que “Por eutanasia en sentido verdadero y propio se debe entender una acción o una omisión que por su naturaleza y en la intención causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor. La eutanasia se sitúa, pues, en el nivel de las intenciones o de los métodos usados”. “De ella debe distinguirse la decisión de renunciar al llamado «ensañamiento terapéutico», o sea, ciertas intervenciones médicas ya no adecuadas a la situación real del enfermo, por ser desproporcionadas a los resultados que se podrían esperar o, bien, por ser demasiado gravosas para él o su familia. En estas situaciones, cuando la muerte se prevé inminente e inevitable, se puede en conciencia renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir sin embargo las curas normales debidas al enfermo en casos similares”. (...) “La renuncia a medios extraordinarios o desproporcionados no equivale al suicidio o a la eutanasia; expresa más bien la aceptación de la condición humana ante la muerte”¹⁸.

La eutanasia no ha sido legalizada con la ley N° 18.473, sino que, por el contrario, sigue siendo castigada penalmente. En este mismo sentido, la ley argentina N° 26.529, en su art. 11, establece que «El único límite previsto por la ley a la aceptación de una directiva médica anticipada, radica en aquellas decisiones que impliquen el desarrollo de prácticas eutanásicas»¹⁹.

La eutanasia pasiva procura la muerte, y ésta se podría evitar si se continúan los tratamientos aconsejados por la ciencia médica para la enfermedad concreta que sufre un paciente; en cambio, con los documentos de voluntad anticipada no se procura el fin de la vida, sino que la enfermedad siga su rumbo.

A través de las manifestaciones de voluntades previstas por la ley se cumple con la obligación moral de curarse y hacerse curar, pero valorándose dicha obligación en atención a la situación concreta. Por esa razón, “la renuncia a los medios extraordinarios o desproporcionados no equivale al suicidio o a la eutanasia; expresa más bien la aceptación de la condición humana ante la muerte”²⁰.

7. Indisponibilidad del derecho a la vida

Atendiendo a las premisas antedichas, es reconocido por la doctrina que la vida no es un derecho que la persona pueda disponer; pero es más, se trata del “único derecho de la personalidad al cual cabe reputarlo absolutamente indisponible, frente a los demás, que en mayor o menor medida admiten cierto grado de disponibilidad”²¹. Ello aparece como consecuencia ineludible que “no se trata de un derecho subjetivo que pueda ser renunciado, ni está en el comercio de los hombres, ni puede ser objeto de negocio jurídico alguno”²².

Es por lo mencionado que puede plantearse la controversia acerca de si con los documentos de voluntad anticipada se está violentando o no la indisponibilidad absoluta del derecho a la vida, es decir, si no se está dejando de lado la protección constitucional y legal existente, para permitir que por medio de un documento –aun cuando emergente de la autonomía de la voluntad del interesado– se pueda disponer de ella.

Pues bien, frente a esta cuestión entendemos que con estos instrumentos se busca todo lo contrario, esto es, no se pretende disponer de la vida, porque no se está otorgando ningún documento, ni exteriorizando un consentimiento que permita el abandono de dicho derecho. La vida se sigue respetando y protegiendo, por lo que continúa siendo un derecho irrenunciable. En todo caso, la única diferencia es que con estos documentos se ha legitimado la potestad de negarse a recibir tratamientos que impliquen un encarnizamiento

17 “En cualquiera de sus formas, es esencial a la práctica de la eutanasia la intención de provocar la muerte, ya sea por acción u omisión, en tanto que el no iniciar o retirar soporte vital tiene por intención evitar una situación degradante para el enfermo, que resulta incompatible con el respeto por la dignidad humana. Aunque las acciones resulten coincidentes en su exterioridad, la intención con que se lleva a cabo no es mera sutileza sino un elemento esencial de la evaluación ética” (CANALIS y VIGNOLO, “Pacientes terminales. ¿Eutanasia o cuidados paliativos?”, *Derecho Médico*, Ed. B de F, Montevideo, Uruguay, año 2001, págs. 375-376).

18 http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_sp.html.

19 AIZENBERG, “El derecho de la salud en Argentina: transitando el pasaje del modelo médico hegemónico al modelo del paciente autónomo. El reconocimiento de los derechos de los pacientes a través de la ley n° 26.529”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, n° 7 (2010), pág. 105.

20 POU AMPUERO, “Testamento vital: declaración de voluntad anticipada”, *Revista jurídica del notariado*, año 2002, n°42, pág. 301.

21 HOWARD, Walter, *Derecho de la persona*, Vol. 1, Universidad de Montevideo, Mdeo., 2008, pág. 122.

22 POU AMPUERO, *ibidem*.

terapéutico; se trata, por ende, de proteger la autonomía de la persona y que se respete su dignidad a través de la disposición del propio interesado de que no se lleven a cabo tratamientos extraordinarios que signifiquen un abuso sobre él, una vez que carece de la aptitud psicológica para oponerse a ellos.

2ª PARTE: ANÁLISIS DE LA LEY N° 18.473

En el artículo 1° de la ley 18.473, se regulan los tres supuestos de voluntad anticipada, atendiendo a que el paciente puede:

- negarse a recibir tratamientos y procedimientos médicos actuales (art. 1° inc.1).
- oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos futuros y eventuales que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enfermo de una patología terminal, incurable e irreversible (art. 1° inc. 2).
- manifestarse a favor de la continuación de los tratamientos y procedimientos médicos (art. 1° inc. 5).

1. Primer supuesto: Tratamientos y procedimientos actuales (art. 1° inc. 1)

El primer inciso del art. 1° prevé la situación en la que una persona quiera emitir su voluntad cuando ya conoce la enfermedad que padece; de modo que, este primer supuesto no trata de una hipótesis de voluntad anticipada propiamente dicha, dado que el sujeto no expresó su asentimiento antes de advertir la enfermedad que sobrelleva, sino después de tomar conocimiento de ella.

Se dispone por la norma que el paciente «tiene derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos». Esta capacidad a resistirse a los procedimientos médicos es consecuencia del consentimiento informado, que debe ser otorgado por todo sujeto aquejado de una enfermedad antes de cualquier intervención.

Dicho consentimiento informado puede ser definido como “una declaración de voluntad efectuada por el paciente, por la cual, luego de una suficiente información, éste decide prestar su conformidad a un procedimiento, tratamiento o intervención”²⁴. Por lo tanto, consiste en “la obligación, el deber, el compromiso técnico y ético que tiene el médico de informar al paciente de forma sencilla y comprensible las implicancias del acto médico, haciendo al paciente participe en la tarea de decidir sobre su propio cuerpo”²⁵.

Como hemos indicado al referirnos a los orígenes de la voluntad anticipada, la potestad que tiene el sujeto para negarse a un tratamiento médico deriva del consentimiento informado; esto significa que “el derecho al rechazo de un tratamiento médico, es la contrapartida y a su vez la consecuencia natural del consentimiento informado”²⁶.

Por lo expresado, es necesario distinguir el derecho a establecer cuál es la voluntad de una persona en caso de en un futuro encontrarse en un estado terminal, de la posibilidad que tiene toda persona a rechazar un tratamiento médico cuando ya conoce su enfermedad, es decir, “una cosa es la declaración que el individuo hace sobre una futura y probable ineptitud, y otra es la autorización que el paciente otorga al médico cuando éste le propone una terapia concreta luego de ser debidamente informado”²⁷.

Para que la oposición a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos sea válida, se exige que el otorgante sea mayor de edad y psíquicamente apto, requiriéndose también que el consentimiento sea emitido en forma voluntaria, consciente y libre.

Y como no puede ser de otra manera, debemos agregar a la mayoría de edad, la competencia mental y la libertad al otorgar el consentimiento, que la persona tenga una correcta comprensión de su estado de salud, de los tratamientos y de las consecuencias, solución que surge del consentimiento informado.

La parte final del inciso 1° impone una condición a la ejecución de la declaración, consistente en que, como consecuencia a la oposición a la aplicación de tratamientos o procedimientos médicos, no se «afecte o

23 La ley N° 18.473 fue promulgada el 3 de abril de 2009 y publicada en el ejemplar N° 27.714 del Diario Oficial el 21 de abril de 2009. En ausencia de otra fecha prevista legalmente, entró en vigencia a los diez días de su publicación en el Diario Oficial.

24 HIGHTON, op. cit., pág. 170

25 RODRÍGUEZ, “El consentimiento informado del paciente. Análisis de su nueva reglamentación”, La Ley Online Uruguay, pág. 1.

26 HIGHTON, op. cit., pág. 176.

27 SANTOS BELANDRO, Minoridad y..., op. cit., pág. 417.

pueda afectar la salud de terceros». Un claro ejemplo al respecto sería el caso de una mujer embarazada que, mediante su oposición a tratamientos, afecte la salud del concebido.

En orden a este aspecto, MONTANO se cuestiona si la expresión «terceros» puede referirse a la salud pública y concluye que no, dado que como dicha afectación implica una limitación a la libertad, la expresión «terceros» debe interpretarse de forma estricta y por ende, no puede admitirse que la expresión «terceros» suponga la salud pública. A su vez, expresa que siempre que una ley ha querido proteger la salud pública, lo ha hecho a texto expreso en la norma²⁸. Por su parte, SANTOS BELANDRO entiende que la expresión «terceros» en este caso, sí puede referir a la salud pública, entendiendo que «la limitación legal la podemos encontrar cuando ante una epidemia controlable únicamente mediante vacunación, la persona se niega a hacerlo, comprometiendo con su actitud la salud del resto de la población»²⁹. «En estos casos el paciente debe someterse a dichos tratamientos, (...) éste no puede negarse; y en caso de interés general hasta podría hacerse contra su voluntad, siguiéndose procedimientos legales para ello, como por ejemplo, una ley especial para el caso (art. 7 y 44 de la Constitución)»³⁰.

Entendemos que, sin importar la interpretación que se realice de la expresión «terceros», debemos tomar en consideración lo consagrado por el inc. 1º del art. 10 de la Constitución nacional, donde se expresa que «Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a terceros, están exentas de la autoridad de los magistrados». Consecuentemente, si el paciente con su negativa a los tratamientos está afectando la salud pública, y ello a su vez, afecta el orden público, no se le permitirá rechazarlos.

Por lo expuesto, podemos concluir que el ordenamiento opta por la salud general antes que por la autonomía de la persona.

Con todo, no puede dejar de remarcarse que lo consagrado por este inc. 1º no es una innovación, dado que el art. 11 de la ley n° 18.335, de 15 de agosto de 2008, sobre los derechos y obligaciones de los pacientes y usuarios de los servicios de salud, ya regulaban en forma similar la situación analizada³¹. También lo hacía el art. 15 del Código de Ética Médica³².

2. Segundo supuesto: Tratamientos y procedimientos futuros y eventuales (art. 1º inc. 2º)

El segundo supuesto se encuentra regulado por el inciso segundo del propio art. 1º. A pesar de que la expresión «Del mismo modo» denota que la ley procura continuar con la misma situación que venía regulando en el primer apartado, en realidad, regula una hipótesis disímil: aquella en que la persona padece una patología terminal, incurable e irreversible y expresa su voluntad en el sentido de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma.

De conformidad a lo que dispone el precepto, el sujeto debe poseer las mismas condiciones que en el primer supuesto, es decir, debe ser mayor de edad, psíquicamente apto, y su consentimiento debe ser otorgado en forma voluntaria, consciente y libre.

28 MONTANO, «Análisis sobre la ley de Voluntad Anticipada», *Revista Biomedicina*, Vol. 5, n° 1, julio 2010, pág. 55.

29 SANTOS BELANDRO, «Las declaraciones de voluntad anticipada: los enfoques en la ley n° 18.473 de 17 de marzo de 2009 y en derecho internacional», *Revista Crítica de Derecho Privado*, n° 6 (2009), pág. 1092.

30 ROSAS BARÓN, «Derecho a morir dignamente», *La Ley Uruguaya*, vol. 2, n° 8 (ago. 2009), pág. 880.

31 Ley 18.335, art. 11: «Todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente o su representante -luego de recibir información adecuada, suficiente y continua- y el profesional de salud. El consentimiento informado del paciente a someterse a procedimientos diagnósticos o terapéuticos estará consignado en la historia clínica en forma expresa. Éste puede ser revocado en cualquier momento.

El paciente tiene derecho a negarse a recibir atención médica y a que se le expliquen las consecuencias de la negativa para su salud.

Cuando mediaren razones de urgencia o emergencia, o de notoria fuerza mayor que imposibiliten el acuerdo requerido, o cuando las circunstancias no permitan demora por existir riesgo grave para la salud del paciente, o cuando se esté frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad que integra, se podrán llevar adelante los procedimientos, de todo lo cual se dejará precisa constancia en la historia clínica».

32 Código de Ética Médica, aprobado el 27 de abril de 1995, establece en su art. 15: «Todo paciente tiene derecho a: ... 2. A consentir o rechazar libremente cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico que le proponga. El médico debe respetar estas decisiones válidas salvo que perjudique a terceros o en emergencias extremas. El paciente debe firmar un documento escrito cuando rechaza un procedimiento indicado por el médico».

Al contrario de lo que ocurría en el primer inciso, en este segundo se prevé una hipótesis de voluntad anticipada propiamente dicha, dado que la disposición utiliza la palabra «futura» para referirse a la negativa a recibir tratamientos médicos. Consecuentemente, supone que la persona aún no conoce su enfermedad, o al menos, no se encuentra en un estado terminal, sino que por el contrario, se trata de un tratamiento futuro y eventual.

Se trata de evitar «la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma», por lo que resulta de suma trascendencia determinar el alcance de dicha expresión, es decir, qué tanto debe disminuir la calidad de vida de la persona para que sea procedente. Estimamos que para la interpretación del precepto lo que debe entenderse es que la enfermedad que padece debe restringir la posibilidad de que la persona tenga una vida digna.

Es necesario enfatizar que la voluntad anticipada sólo procederá en caso de que la persona tenga una patología terminal, incurable e irreversible. Al hacer referencia a una enfermedad terminal o a un paciente en estado terminal, se sabe con certeza que la persona va a morir en un corto plazo. En esta senda, ORDOQUI entiende que es «aquél cuya salud está afectada de manera irreversible, independientemente de que reciba o no tratamientos, y que muy probablemente, morirá en un breve período»³³.

De las tres características mencionadas por el precepto, la exigencia de que la patología sea terminal es la más importante, dado que en cierta medida, incluye los requisitos de incurable e irreversible. Por cierto, si un paciente se encuentra en estado terminal, es porque la patología no se puede curar (al menos con los conocimientos tecnológicos del momento) y no es posible provocar un retroceso de la enfermedad, por lo que sólo cabe esperar un resultado cercano, que es la muerte.

3. Tercer supuesto: Aplicación y conservación de los tratamientos (art. 1º inc. 5)

El último inciso del artículo 1º regula el tercer y último supuesto, previendo que la persona «podrá manifestar su voluntad anticipada en contrario a lo establecido en el inciso segundo de este artículo». Esto significa que la persona exige que se le apliquen los tratamientos y procedimientos necesarios para prolongar su vida, a pesar de que ello implique un detrimento en la calidad de ella. Se le permite a la persona expresar su voluntad en cuanto a no dejarla morir, sino que por el contrario, hacer todo lo posible para que siga viviendo, sin importar el estado en que se viva.

Si el sujeto se inclina por esta opción, «no será de aplicación en estos casos lo dispuesto por el artículo 7º de la presente ley», por lo que no importará la «decisión del cónyuge o concubino o, en su defecto, familiares en primer grado de consanguinidad» sobre la suspensión de los tratamientos y procedimientos, dado que no tendrán ningún poder de mando sobre los cuidados médicos del paciente. Al tratarse de un acto personalísimo, no podrá ser revocado por sus parientes.

En conclusión, este último supuesto en estudio evita que los parientes decidan por el enfermo, respetándose exclusivamente su voluntad y quitándose la posibilidad de que otros decidan sobre aspectos tan importantes como la salud del paciente.

4. Cuidados paliativos

La disposición en examen destaca que la manifestación anticipada de voluntad, no «implica una oposición a recibir los cuidados paliativos que correspondieren». Éstos tienen como fin «mejorar la calidad de la vida que aún les queda a aquellos pacientes cuya enfermedad no puede ser eliminada, para quienes ya no es posible seguir luchando por la curación»³⁴.

Los cuidados paliativos no consisten sólo en proporcionar analgésicos, sedantes u otros remedios, sino que también implican el afecto humano. El fundamento de dicha afirmación se encuentra en que los dolores, pueden ser tanto físicos como psicológicos, y es debido a estos últimos que se procura que la persona no muera sola, sino que, por el contrario, se encuentre acompañada en esos trances.

Este tipo de cuidado no sólo incumbe a las instituciones médicas, sino que también y principalmente le corresponde y está dirigido a la familia, dado que se pretende que ésta pueda superar el dolor y seguir adelante, a pesar de lo que significa la muerte de un ser querido. «En definitiva, la medicina paliativa supone

33 ORDOQUI CASTILLA, Derecho médico, T. II, Ed. Del Foro, Mdeo., pág. 310.

34 CANALIS y VIGNOLO, op. cit., pág. 377.

un cuidado total del cuerpo, mente y espíritu del paciente, en su proximidad con la muerte, contemplando muy especialmente la situación en que se encuentra la familia³⁵.

“La comida, el agua y el oxígeno no son “tratamientos”, sino parte fundamental del cuidado médico y son por lo tanto derechos fundamentales. En todos los casos en que se está considerando retirarle el agua y los alimentos por medios artificiales a un paciente, hay dos condiciones que cumplir: 1. La forma en que dicho suministro se está llevando a cabo le está causando dolor grave al paciente. 2. La persona está tan cerca de la muerte que la alimentación y el agua no le proporcionarán ningún bien y el paciente morirá de forma natural antes de que el hambre y la sed le causen un sufrimiento significativo”³⁶.

En caso de no cumplirse con las condiciones mencionadas, no se debe proceder a la interrupción, dado que el agua y los alimentos, junto a los que implican cambios en la posición del paciente, cuidados de la piel y de la boca, son debidos por la dignidad de todo paciente. El fundamento de estos cuidados es salvaguardar la dignidad de la persona, porque ésta sigue siendo digna a pesar de encontrarse en su último momento de vida.

De conformidad a lo que se ha venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, «el objetivo del cuidado paliativo no es que el enfermo viva “más tiempo” sino “mejor” lo que le resta de vida»³⁷.

Nuestra norma, a diferencia de lo que se práctica en otras legislaciones, no da un concepto sobre los cuidados paliativos. A modo de ejemplo, en la ley de voluntad anticipada para el Distrito Federal (México), art. 3°, numeral IV se reclama: «el cuidado activo y total de aquellas enfermedades que no responden a tratamientos curativos e incluyen el control del dolor y otros síntomas, así como la atención psicológica del paciente».

5. Supervivencia de la exteriorización de la voluntad anticipada

Con respecto al alcance o eficacia de la manifestación de voluntad anticipada cabe señalar que el inc. 3° del art. 1° prevé que ella «tendrá plena eficacia aun cuando la persona se encuentre luego en estado de incapacidad legal o natural». Por ende, sin importar que la persona devenga incapaz, el documento producirá sus efectos y será aplicable acaecido el caso de que padezca una enfermedad terminal y no goce de la aptitud psicológica necesaria para pronunciarse sobre cuál es su voluntad.

Esta referencia que hace la disposición es de gran trascendencia, dado que antes de su sanción, si se entendía que lo que se otorgaba era un mandato, éste se revocaba por la incapacidad del mandante (art. 2086, nal. 7° del C.C.U.)³⁸.

Ahora bien, a pesar de que la disposición se encuentra ubicada en el tercer inciso del artículo y redactada en singular, la supervivencia de la exteriorización de voluntad del sujeto es aplicable a cualquiera de los tres supuestos analizados.

6. Formalidades y publicidad

El art. 2° de la ley N° 18.473 prescribe las exigencias formales para que el documento de voluntades anticipadas sea válido.

Se prevén dos modalidades:

A) En la primera se requiere que el documento se realice «por escrito con la firma del titular y dos testigos. En caso de que el titular no pueda firmar, se hará por firma a ruego por parte de uno de los dos testigos». Esto significa que uno de los presentes sustituye al paciente, firmando por él.

El tercer artículo de la ley establece las incompatibilidades de los testigos: «no podrán ser testigos el médico tratante, empleados del médico tratante o funcionarios de la institución de salud en la cual el titular sea paciente».

35 ORDOQUI CASTILLA, op. cit., págs. 316-317,

36 CANALIS y VIGNOLO, op. cit., pág. 378-379.

37 CANALIS, y VIGNOLO, op. cit., pág. 379.

38 En este rumbo en la doctrina uruguaya se sostuvo con referencia a los documentos en análisis que “Tampoco parece adecuada la calificación como mandato ya que como la persona va a estar disminuida física o mentalmente cuando su funcionamiento sea necesario, la autoridad podría considerar que no se encuentra atada a la voluntad del mandante. En especial, porque se choca con la estipulación incluida en la mayoría de los Códigos Civiles de la región, que establecen que el mandato se acaba con la incapacidad del mandante o del mandatario” (SANTOS BELANDRO, Minoridad y..., op. cit., pág. 420). “Sería preferible, entonces, una regulación específica e independiente, la creación de la figura de un poder de representación sui generis parece ser la más adecuada. Para que funcione, el legislador nacional deberá acoger claramente la posibilidad del otorgamiento de dicho poder y admitir que éste seguirá vigente aún cuando el adulto se hubiere incapacitado” (ibídem).

La ley no menciona cuál será la consecuencia en caso de que estas personas actúen como testigos, pero podemos concluir en que la sanción es la nulidad del documento, además de eventuales sanciones administrativas para ellos. La principal razón por la cual se les ha negado la posibilidad de actuar en calidad de testigos se apoya en evitar el conflicto de intereses que podría existir entre ellos y la institución médica, en lo primordial debido a los altos costos materiales y de recursos humanos que implica para los establecimientos hospitalarios un paciente en estado terminal.

Además no puede dejarse de lado lo previsto por la Ley Orgánica Notarial N° 1421, de 31 de diciembre de 1878, que dispone que «Toda escritura pública necesita para su validez, además de la firma del escribano, las de quienes la otorgan, o cuando alguno de ellos no supiera o no pudiera hacerlo —lo que se hará constar en el instrumento— la de dos testigos idóneos, mayores de 21 años, que no sean socios, dependientes, cónyuges ni parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del autorizante».

Entretanto, en el Reglamento Notarial, aprobado por la Suprema Corte de Justicia mediante Acordada N° 7.533, de 22 de octubre de 2004, se dispone en el art. 145, que «no son idóneos y por lo tanto no pueden ser testigos instrumentales en las escrituras públicas, salvo lo que se dispone en materia de testamentos: a) los que no saben o no pueden firmar o suscriben con caracteres distintos a los del alfabeto latino; b) los que aún no han cumplido veintiún años; c) los ciegos; d) los sordos; e) los que no gozan del libre uso de la razón; f) el cónyuge del autorizante y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; g) los socios, los amanuenses y los empleados dependientes del Escribano, siempre que presten sus servicios mediante retribuciones abonadas por éste; h) los que no conocen el idioma castellano; no obstante, ... bastará que los testigos conozcan alguno de los idiomas en el cual se lea la escritura».

En el proyecto de ley sobre el tema presentado por el Diputado Abdala en el año 2001 también se había incluido que no podrían ser testigos: A) «los relacionados por consanguinidad o matrimonio con el titular»; B) «aquéllos pasibles a una parte de la herencia del titular»; C) «el médico tratante, un empleado del médico tratante o un funcionario de la institución de salud en la cual el titular sea paciente» y D) «la persona designada como sustituto de acuerdo al artículo 6° de la presente ley y los relacionados por consanguinidad o matrimonio con el mismo».

En el Derecho comparado, se suele incluir otros sujetos en la nómina de personas imposibilitadas a participar en dicho documento; por ejemplo, en España, la ley de Cantabria de 2002, consagra que los testigos «no deben tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni relación laboral, patrimonial o de servicio, ni relación matrimonial ni de análoga afectividad a la conyugal con el otorgante».

Por su parte, la ley de voluntad anticipada del Distrito Federal (México), en su art. 12, establece que «no podrán ser testigos: I. Los menores que no han cumplido 16 años de edad; II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio; III. Los familiares del enfermo en etapa terminal hasta el cuarto grado; IV. Los que no entiendan el idioma que habla el enfermo en etapa terminal, salvo que se encuentre un intérprete presente; y V. Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad».

Con base a las normas de Derecho comparado y en el proyecto de ley presentado, la ley 18.473 ha recogido una nómina muy limitada de sujetos que no pueden intervenir como testigos en el documento, dejando de lado a personas que podrían llegar a tener intereses divergentes con el otorgante, y preocupándose en lo fundamental por restringir la intervención de dependientes de la institución médica que lo atiende.

B) La segunda modalidad para la exteriorización de la voluntad anticipada prevista por la ley es «ante escribano público documentándose en escritura pública o acta notarial». De optar por este modo, no se requerirán los testigos. La ley no dice nada en caso de que el paciente no pueda firmar, pero es dable interpretar que según lo establecido en el inciso anterior y en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 32 de la Ley Orgánica Notarial (decreto-ley N° 1.421, de 31 de diciembre de 1878), se requerirá también la presencia de dos testigos, de los cuales uno firme en sustitución del paciente.

Lo que se busca por parte del legislador con estas formalidades es que la persona otorgue el documento en forma libre, sin ningún tipo de vicio en su voluntad³⁹. Optar por la segunda modalidad, tiene ciertas ventajas que el documento privado no tienen, dado que el escribano debe verificar la capacidad del otorgante y también podemos mencionar que el documento público da fecha cierta, lo que puede repercutir en la validez del documento dependiendo de la capacidad del suscriptor. Pero se tiene como desventaja que, el optar por la escritura pública o el acta notarial, conlleva una retribución al notario, lo que podría significar limitar la posibilidad de otorgar este tipo de documento según la capacidad económica de la persona.

Entendemos que la vía notarial es la mejor opción para la documentación de las voluntades anticipadas con base en los siguientes motivos: el escribano verifica la identidad del suscriptor, se trata de una figura

39 «Los testigos cumplen una función similar a la del testigo instrumental del testamento, garantizando la libre voluntad del declarante» (GRADIN, op. cit., pág. 275).

imparcial, comprueba que el otorgante se encuentre libre de cualquier tipo de coacción y tiene conocimientos jurídicos, elemento que los testigos pueden no poseer.

Como hemos mencionado, una de las principales ventajas que tiene la instrumentación mediante escribano es la constatación que realiza sobre la capacidad del otorgante, debido que si el documento fue otorgado mediante escritura pública es porque “el escribano autorizó el acto, porque sabía que el otorgante gozaba de discernimiento, intención y libertad y lo consideraba, por ende, hábil para ello”⁴⁰.

Pero la razón fundamental por la cual nos pronunciamos por la actuación notarial es que ella brinda mayores garantías que la realización por documento privado, razón más que suficiente para los valores en juego. Asimismo, coopera con la obtención de certeza en el sentido de que lo documentado concuerda con la verdadera voluntad del suscriptor y éste no fue víctima de ningún tipo de vicio al otorgar su consentimiento.

Junto con ello, es recomendable para los suscriptores de estos documentos, arrimar copias o réplicas de los mismos a personas de su confianza, dado que ello implica una mayor garantía y seguridad de que su voluntad habrá de cumplirse.

Sin importar que se opte por el documento privado o por el documento público, lo exteriorizado «deberá ser incorporada a la historia clínica del paciente». MONTANO expresa que su inclusión es “la forma de darle publicidad”⁴¹. Es evidente que no se trata de un requisito formal de validez, por consecuencia en la hipótesis de que se tome conocimiento del instrumento por otros medios, se debe proceder a su cumplimiento, aun cuando lo manifestado no haya sido consignado en la historia clínica. “La responsabilidad de la incorporación recae sobre las instituciones públicas y privadas de prestación de servicios de salud (art. 10, A)”⁴².

La incorporación de las voluntades anticipadas en la historia clínica tiene una ostensible ventaja frente a la inscripción en los Registros Públicos (medio habitual donde se incorporan estos documentos en el Derecho comparado), dado que el médico la tiene en su poder al atender al paciente y no debe recurrir a una herramienta que no tiene a su disposición (como es la información registral) para consultar el documento de voluntad anticipada. Además, no puede perderse de vista que la consulta inmediata de la historia clínica es una necesidad para los casos de urgencia, mientras que los Registros pueden no ser el medio más apropiado para los casos en que se deba decidir en forma veloz. En este sentido, es dable señalar como desventajas de estos últimos: “problemas de horarios, días feriados, (y) determinación de las personas que estarían facultadas a acceder a la información”⁴³.

Sin embargo, también podemos encontrar diversos problemas cuando la historia clínica es el único lugar donde se incorpora el documento de voluntad anticipada, dado que ella puede ser destruida, o el suscriptor puede ser internado en una institución diferente a aquella en que incorporó el documento, no teniendo el grupo médico ningún conocimiento de él⁴⁴. Como forma de evitar estas dificultades, la ya citada ley N° 18.335 ha dispuesto en su art. 18, lit. D, inc. 2°, que «la historia clínica constituye un conjunto de documentos, no sujetos a alteración ni destrucción, salvo lo establecido en la normativa vigente». Mientras que en el inc. 4° del literal en estudio, establece que «En caso de que una persona cambie de institución o de sistema de cobertura asistencial, la nueva institución o sistema deberá recabar de la o del de origen la historia clínica completa del usuario. El costo de dicha gestión será de cargo de la institución solicitante y la misma deberá contar previamente con autorización expresa del usuario». Además de estas previsiones, se establece la instrumentación en forma escrita o electrónica, la confidencialidad y la propiedad del paciente.

A pesar de lo mencionado, probablemente, la mejor solución sea que “la registración médica debe tener carácter nacional, y que se implementara de forma informática para que el acceso fuera inmediato y desde cualquier ubicación”⁴⁵.

Esta también es una solución que ha sido acogida por el derecho comparado, donde se “prevé que se constituya un sitio de Internet donde figuren modelos de documentos y una base de datos de los declarantes de acceso restringido, que podrían ser consultados por los centros de salud al ingreso del paciente”⁴⁶. “A diferencia de la regulación uruguaya, en países como Dinamarca, existe un registro informatizado que los médicos consultan obligatoriamente. En España, algunas comunidades autónomas han creado y regulado

40 TALIANA DE BRANDI y ROGELIO LLORENS, op. cit., pág. 68.

41 MONTANO, op. cit., pág. 58.

42 MONTANO, ibídem.

43 SANTOS BELANDRO, Minoridad y..., pág. 433.

44 “En Argentina, no existe una historia clínica unificada sino legajos parcializados que dan cuenta de la atención médica brindada” (AIZENBERG, op. cit., pág. 105).

45 BERTONI VÁZQUEZ y SARKISSIAN TAKESSIAN, “La intervención notarial”, IX Jornada del Notariado Novel del Cono Sur, A.E.U., Montevideo, 2007, pág. 196.

46 AIZENBERG y otros, “Directivas médicas anticipadas”, Revista Crítica de Derecho Privado, n° 6 (2009), pág. 1017.

un registro autonómico de voluntades anticipadas con carácter reservado, con finalidad de recopilación y custodia, y publicidad restringida para otorgantes, representantes designados y profesionales⁴⁷.

El legislador no dispuso la inscripción de la voluntad en ningún Registro Público, como suele hacerse en otros ordenamientos que reconocen esta modalidad de documentos, lo que podría haber significado una mayor garantía para el efectivo conocimiento de los mismos⁴⁸. A modo de ejemplo, podemos mencionar el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía, mientras que en Argentina es competencia de los Registros de Autoprotección que dependen de los Colegios Notariales de las distintas provincias.

7. Interpretación del documento

Puede ocurrir que la redacción del documento de voluntad anticipada no sea precisa, ni cristalina, lo cual conduzca a que sea necesario reconstruir el propósito perseguido por el otorgante. En tales coyunturas se debe ser extremadamente cauteloso con la interpretación. No hay que olvidar que lo que está en juego es la vida del paciente y por ello es que en caso de más de una interpretación posible, corresponde recibir la que mejor concuerde con la protección del derecho a la vida, de acuerdo con el principio “*in dubio pro vita*”.

“El grave problema, desde nuestro punto de vista, es que los denominados testamentos vitales suelen tener un contenido ambiguo, con definiciones vagas e imprecisas, que de alguna manera son proclives a la eutanasia, y significan un grave riesgo, pues luego tienen que ser interpretadas por el médico”⁴⁹.

Empero, desde ya cabe dejar asentado, que a pesar de haber sido caracterizado el documento en análisis como un negocio jurídico, no resultan del todo aplicables las normas sobre interpretación contractual previstas por los artículos 1297 a 1307 del Código Civil.

Antes bien, el intérprete de los documentos de voluntad anticipada debe buscar la verdadera intención del suscriptor, lo que se conoce como la voluntad interna o real. Para esto sería conveniente que conociera los valores de la persona cuya voluntad se quiere interpretar, y de ser posible, compartírlas. Con el objetivo de encontrar la real voluntad de la persona, se podría aceptar la complementación del documento de voluntad anticipada con cartas, diarios u otros elementos que reflejen sus convicciones y valores.

Por consiguiente, a la hora de tratar de reconstruir la voluntad anticipada emitida se puede recurrir tanto a los componentes textuales del documento otorgado, como a elementos externos a él, que ayuden a desentrañar cuál fueron los mandamientos que pretendió dejar expuestos. Incluso, aparece como un fuerte elemento de interpretación el testimonio de aquellas personas que hayan conocido al sujeto cuando aún gozaba de aptitud psicológica. En este sentido, SANTOS BELANDRO se pronuncia por la participación de los familiares y allegados, quienes serán convocados “para que expresen no sus opiniones personales y valores acerca de cómo tratarlo, sino como medio de evaluar con una mayor aproximación aquello que realmente quería el enfermo o aspiraba que se hiciera, de producirse una situación similar”⁵⁰. Y naturalmente que también va a asumir fundamental trascendencia lo que exprese el denominado “representante” (art. 6° de la ley *–infra* N° 10), dado que la norma le atribuye la misión de «velar por el cumplimiento de esa voluntad».

8. Revocación

El art. 4° de la ley se ocupa de la posibilidad de dejar sin efectos el documento de voluntad anticipada por la revocación del suscriptor, dado que con el transcurso del tiempo, las convicciones personales del paciente pueden haber cambiado y que consecuentemente, no profese las mismas opiniones que cuando otorgó el documento.

Dicho artículo consagra que la revocación puede ser «verbal o escrita, en cualquier momento por el titular». No se requieren las mismas formalidades que para realizar la declaración, sino que por el contrario, “debe adoptarse una posición amplia, dado que, la exigencia de cualquier formalidad sería contraria al principio

47 GRADIN, op. cit., pág. 275.

48 “Quizás la conveniencia de tener un registro general donde se inscriban las declaraciones de voluntad anticipada, tal como existe en derecho comparado, puede resultar una práctica administrativa que facilite el conocimiento de declaraciones de voluntad anticipadas y sus posibles modificaciones, reduciendo eventualmente las posibilidades de error, sobre todo, ante cambios de institución médica por parte del paciente” (AVERSANO y RODRÍGUEZ, “Voluntad anticipada del paciente para oponerse o no a recibir asistencia médica”, Estudios multidisciplinarios sobre derecho médico, La Ley Uruguay, Mdeo., 2010, pág. 123).

49 ORDOQUI CASTILLA, op. cit., pág. 353.

50 SANTOS BELANDRO, Minoridad y..., pág. 429.

“in dubio pro vita”⁵¹. La norma atribuye una amplia facultad para revocar, por lo que la revocación procede, a pesar de que no se realice en forma expresa, sino en forma tácita, esto es, por indicaciones inequívocas del paciente.

Cabe considerar un acierto del legislador la ausencia de formalismos sobre la revocación, debido a la importancia del bien jurídico protegido y la posible variación en la determinación del paciente.

Es necesario, sin embargo, realizar algunas precisiones acerca de lo mencionado por la ley. El precepto señala que la revocación se puede realizar «en cualquier momento», no obstante genera incertidumbre en el sentido de si ella procede incluso si la persona deviene incapaz. También surge la interrogante sobre quién es el legitimado para revocar, es decir, si sólo puede neutralizar la manifestación de voluntad antes exteriorizada el paciente que otorgó el documento debido que se trata de un acto personalísimo o si es admisible la revocación por alguna otra persona, ya sea el representante, un familiar, el médico tratante, la Comisión de Bioética o un Juez actuando de oficio.

Como mencionamos anteriormente, es menester plantearse si la revocación puede ser dispuesta por el paciente en caso de encontrarse interdicto. Más aun, si la solución sería diferente en caso de tratarse de un interdicto que se encuentra en un momento de lucidez.

Los intervalos lúcidos son “una remisión temporal y completa de la enfermedad por un lapso más o menos prolongado, en el cual el insano tiene plena conciencia de sí y de lo que lo rodea. Pero es un estado no permanente, sino transitorio, pues por causa de la condición cíclica de la enfermedad volverá fatalmente a caer bajo sus desviaciones habituales”⁵².

Es necesario mencionar que “una corriente jurídica cada vez más pronunciada, admite la validez de los actos personalísimos realizados en ese estado, actos que no pueden ser suplidos por la actuación del representante”⁵³. La razón de lo dicho radica en que “por sus propias características, el ejercicio de estos derechos es inherente a la persona que los titulariza, no pudiendo ser suplida en su ejercicio por la actuación de la figura del representante legal”⁵⁴. Consecuentemente, “ciertos derechos personalísimos, y los actos que de su ejercicio se derivan, pueden ser realizados por el insano declarado en un intervalo lúcido, de lo contrario, se estaría creando una verdadera incapacidad de derecho del demente, ya que tales actos -reiteramos- no pueden ser suplidos por la voluntad del representante legal”⁵⁵.

En nuestra opinión, por la importancia de los valores tutelados y por el principio *in dubio pro vita*, creemos que la interpretación correcta de la expresión «en cualquier momento» es que el paciente declarado incapaz está legitimado para revocar. Además, es lo que resulta de una interpretación literal, debido que el artículo en estudio no diferencia la situación del capaz ni del incapaz para extinguir los efectos del documento. A favor de dicha interpretación, se puede hacer referencia al proyecto de ley presentado por el diputado Washington ABDALA el 26 de abril de 2001, que disponía en su artículo 4º: «El Testamento Vital puede ser revocado de forma oral o escrita en cualquier momento por el titular, sin tener en cuenta su estado mental o capacidad». Negarle al paciente la posibilidad de dejar sin efecto el documento de voluntad anticipada, implicaría consagrar la perpetuidad de éste, neutralizando el cambio en las convicciones personales que pueda tener.

Con el fin de garantizar el adecuado conocimiento del cese de los efectos de la declaración de voluntad anticipada, se manda que «En todos los casos el médico deberá dejar debida constancia en la historia clínica». Debido a ello, es que MONTANO entiende que al hacer referencia a «el médico», significa que dejar la debida constancia es un deber del médico tratante, y no de cualquier médico o sus asistentes⁵⁶. Conjuntamente, el citado doctrinario la incluye como una de las obligaciones de las instituciones médicas.

Asimismo, a pesar de que la norma no lo establezca, se debe aceptar la modificación y sustitución de la instrucción anticipada. Para ello es procedente dejar una constancia en la historia clínica, dado que la norma expresa «en todos los casos».

La ley sobre testamento vital de California, de Estados Unidos de América, exige la renovación cada 5 años, de lo contrario caduca automáticamente⁵⁷. Por su parte, el art. 10 del proyecto de ley presentado en

51 AIZENBERG y otros, op. cit., pág. 1015.

52 CIFUENTES, RIVAS MOLINA y TISCORNIA, Juicio de insania. Dementes, sordomudos e inhabilitados, 2ª ed, Ed. Hammurabi, Bs. As, 1997, pág. 41.

53 CIFUENTES, RIVAS MOLINA y TISCORNIA, op. cit., pág. 44.

54 FAMÁ, HERRERA y PAGANO, Salud mental en el derecho de familia, Ed. Hammurabi, Bs. As, 2008, pág. 463.

55 FAMÁ, HERRERA y PAGANO, op. cit., pág. 465.

56 “No alcanza con que la anotación sea efectuada por el personal de enfermería o para-médicos. Al referirse “al médico” se debe entender que tampoco es cualquier médico, sino aquel que tiene al paciente en sus manos, el médico tratante. Así surge del contexto, en consonancia con lo dispuesto en el art.5º”. MONTANO, op. cit., pág. 58.

57 Cfr. BAGDASSARIAN, SAPRISA DE MERCANT y TELLECHEA, op. cit., pág. 123.

abril de 2001 por el diputado Washington ABDALA (carpeta N° 1120) postulaba que «El Testamento Vital no podrá tener una antigüedad mayor a tres años al momento de su aplicación». Estas pautas que se han seguido en algún ordenamiento del derecho comparado tienen como fundamento que no se mantenga un documento de estas características desactualizado, sino que, por el contrario, debido a la importancia de los bienes jurídicos a que refieren, reflejen con la mayor certeza posible las convicciones de los otorgantes cuando deben ser aplicados. “El consentimiento dado con antelación pudo haber variado y en este caso, las consecuencias pueden ser irreversibles”⁵⁸.

Además, es factible que “si los deseos se expresaron con mucha antelación respecto a la intervención y la ciencia ha progresado desde entonces, puede haber motivos para no respetar la opinión del paciente”⁵⁹.

El legislador patrio no optó por un plazo de caducidad del documento de manifestación de voluntad anticipada, con base seguramente en la conveniencia de que los interesados no tuvieran que estar otorgando nuevos documentos en forma constante por una caducidad muy breve. Por ende, una vez manifestada la voluntad y en tanto no sea revocada por el propio otorgante, en el Derecho uruguayo el documento tiene eficacia perpetua.

Otro punto interesante al respecto es el caso en que exista más de un documentos de voluntad anticipada, ¿el último documento emitido deja sin efectos a los anteriores o sólo las disposiciones contrarias con éste? Sobre este aspecto, el art. 8 de la ley de voluntad anticipada de Andalucía, ley 5/2003, de 9 de octubre, establece que «El otorgamiento de una nueva declaración de voluntad anticipada revocará las anteriores, salvo que la nueva tenga por objeto la mera modificación de extremos contenidos en las mismas, circunstancia que habrá de manifestarse expresamente». Según lo que surge de la citada ley, el resultado de un nuevo otorgamiento es la revocación, salvo que trate de “extremos”, es decir, de partes accesorias de la declaración y no esenciales.

Admitimos que un nuevo pronunciamiento del paciente implica la revocación de un documento de voluntad anticipada emitido con anterioridad, salvo en aquellos casos en que resulta no existir contradicción, sino complementación, de la exteriorización previa.

Se debe tener presente que “mientras el paciente conserve su capacidad de obrar, siempre prevalecerá su voluntad sobre lo expresado en el documento”⁶⁰. “Así pues, el orden de prelación sería el siguiente: primero el consentimiento informado prestado por el propio paciente. En defecto del mismo, las indicaciones contenidas en su documento de voluntad anticipada. Y en defecto de los dos anteriores, el consentimiento concedido por el representante de derecho o hecho del paciente”⁶¹.

9. El diagnóstico de la enfermedad para la aplicación del documento de voluntad anticipada

El art. 5° de la ley preceptúa que «el diagnóstico del estado terminal de una enfermedad incurable e irreversible, deberá ser certificado por el médico tratante y ratificado por un segundo médico en la historia clínica del paciente. Para el segundo profesional médico regirán las mismas incompatibilidades que para la calidad de testigo según el artículo 3° de la presente ley».

En cuanto al diagnóstico, el mismo debe calificar a la enfermedad como terminal, incurable e irreversible, y se exige que primero sea certificado por el médico tratante, para luego ser ratificado por un segundo médico. Tanto la certificación como la ratificación del diagnóstico deben ser incluidas en la historia clínica del paciente.

La ley N° 18.335 mencionada anteriormente, expresa en el art. 18, lit. F, que es un derecho del paciente «realizar consultas que aporten una segunda opinión médica en cuanto al diagnóstico de su condición de salud y a las alternativas terapéuticas aplicables a su caso. Las consultas de carácter privado que se realicen con este fin serán de cargo del paciente».

Con la finalidad de otorgar mayores garantías al paciente, se le establecieron al segundo médico «las mismas incompatibilidades que para la calidad de testigo según el artículo 3° de la presente ley». “En cuanto al médico que dará la segunda opinión, en realidad no está inhibido de ser testigo por cuanto aún no ha sido consultado, lo que sí estará inhibido es de proporcionar esa segunda opinión por la razón de haber sido

58 MONTANO Y GÓMEZ DE ALÍA, PUERTO GONZÁLEZ e IGLESIAS MÉNDEZ, *Derecho Médico Uruguayo*, Universidad de Montevideo, Mdeo., 2005, pág. 272.

59 GIL, *El panorama internacional de las voluntades anticipadas*, COMZ, 14.5.2002, págs. 3-4, <http://www.instituto-debioetica.org/casosbioetic/formacioncontinuada/testamentovital/cgil.pdf>

60 AVERSANO y RODRÍGUEZ, op. cit., pág. 118.

61 POU AMPUERO, Felipe, op. cit., págs. 306-307.

testigo en el documento privado otorgado por el paciente”⁶². Pero además, esta obligación de un segundo diagnóstico significa una garantía para el médico tratante, dado que puede ser una prueba esencial en un eventual juicio de responsabilidad.

“Como surge de manifiesto, la consulta a un segundo médico que ratifique el diagnóstico emitido por el primero, constituye una garantía en beneficio del paciente, que apunta a que el sistema ofrezca la debida confianza y seguridad que el usuario del servicio de salud necesita para hacer uso del testamento vital, y en consecuencia para evitar la existencia de errores, y de los consecuentes daños y perjuicios que se pueden generar”⁶³.

Debemos tener en consideración que “la medicina no es una ciencia exacta”, sino que por el contrario, “frente a todo paciente, siempre existe un margen bien considerable de incertidumbre respecto al éxito o al fracaso de las terapias que en principio aparecen como más aconsejables”⁶⁴. Es por ello que se exige un segundo diagnóstico, el que tiene como finalidad brindar más certezas en lo que respecta a la situación del paciente. Estos dos diagnósticos determinarán si se han verificado los supuestos previstos por la norma y dependiendo de lo que concluyan los médicos es que pondrán en marcha las medidas acordadas en el documento de voluntad anticipada.

10. El denominado “representante”

El artículo 6° se ocupa de regular la figura del representante. Éste tiene la tarea de velar por el cumplimiento de la voluntad de su representado, siempre que por encontrarse en estado de incapacidad, el titular no pueda tomar las decisiones por sí mismo. Se procura que “el testador nombre un representante que haya compartido o por lo menos comprendido sus deseos, valores y motivos personales del firmante, los que quiere que se respeten en el final de su vida”⁶⁵.

En cuanto a los requisitos para ser representante, se exige mayoría de edad y se prohíbe que lo sean «quienes estén retribuidos como profesionales para desarrollar actividades sanitarias realizadas a cualquier título con respecto al titular». Con esto último se busca que se trate de una figura imparcial, evitando un posible conflicto de intereses. Aunque la disposición no lo establezca, corresponde exigir que el representante sea mentalmente sano.

Tampoco se hace referencia con respecto a si la tarea del representante será remunerada. Pero si aplicamos el art. 2052 del Código Civil podemos entender que no lo será, ya que expresa que el mandato «se presumirá que es gratuito, cuando no se hubiere convenido que el mandatario perciba una retribución por su trabajo». Sobre este tema, la ley del Distrito Federal (México) establece en su art. 14 que «El cargo representante es voluntario y gratuito; pero el que lo acepte, se constituye en la obligación de desempeñarlo».

Ahora bien: ¿puede cambiar la solución si consideramos que se trata de un curador?; ¿pasa a ser remunerada la tarea?

La norma consagra que “se deberá incluir siempre el nombramiento de una persona denominada representante”. Debido a ello es que CAROZZI se plantea la hipótesis en la cual se haga la declaración anticipada de voluntad, pero se omita la designación de representante. ¿Resultaría válida la declaración? Postula como una posible solución, a pesar de que la ley no diga nada al respecto, que podría resolverse mediante un nombramiento judicial. Por su parte, la citada autora entiende que “no se trata de un requisito necesario para la validez de la declaración”⁶⁶, dado que la designación de un representante es una garantía para el suscriptor del documento, en cuanto es quien velará por el cumplimiento de la voluntad, pero la no inclusión de uno no implica la nulidad del mismo.

En nuestra opinión, para el caso de omisión, es posible entender que dicha atribución corresponde a los mencionados en el art. 7°, dado que si la ley los habilita a decidir por el paciente en caso de que el mismo no haya dejado una voluntad anticipada, es aceptable que sean quienes deban velar por el cumplimiento de la

62 SANTOS BELANDRO, “Las declaraciones de...”, op. cit., pág. 1098.

63 AVERSANO y RODRÍGUEZ, op. cit., pág. 119-120.

64 DOMÍNGUEZ GIL, “Responsabilidad Médica y Libertad de Conciencia”, A.D.C.U., T. XXVII, Jurisprudencia anotada, pág. 659.

65 CIFUENTES, “El testamento vital o living will”, VI Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, Bogotá, 14-17 de noviembre de 2007, http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=vi%20congreso%20academias%20santos%20cifuentes

66 CAROZZI, “Declaraciones de Voluntad Anticipada, análisis de la ley N° 18.473”, Tribuna del Abogado, abril/mayo 2009, pág. 11.

voluntad⁶⁷. Se puede concluir lo antedicho si se entiende que la habilitación para suspender los tratamientos o procedimientos implica un poder mayor sobre el paciente.

Otra posibilidad sería la de aplicar los artículos 441 y siguientes del Código Civil que determinan quiénes son llamados a desempeñar el cargo de curador en caso de incapacidad. Con lo que se llegaría al mismo resultado, dado que en primer lugar le correspondería al cónyuge sano, en segundo lugar a los hijos mayores y por último, a los padres del sujeto incapaz. En caso de que se recurra a esta solución, corresponde anotar quién será el que adopta la calidad de representante en la historia clínica del paciente.

Ahora bien, debido a la referencia que hace la disposición sobre el representante, corresponde interrogarse si realmente encuadra en la figura de la representación regulada por el Código Civil, o si, por el contrario, puede tratarse de otro instituto. La misma redacción del artículo induce a este cuestionamiento al expresar que se incluirá «el nombramiento de una persona denominada representante». No cabe duda alguna sobre su denominación, pero puede cuestionarse si la norma efectivamente le asignó las facultades del representante regulado por el Código Civil, dado que por tener tal denominación, necesariamente no implica que lo sea.

El precepto no desarrolla y ni siquiera menciona cuáles serán las atribuciones de este sujeto, simplemente se limita a expresar que su nombramiento será «para que vele por el cumplimiento de esa voluntad».

Para resolver la cuestión tenemos que desentrañar cuál es el alcance que se le quiso dar a la norma, es decir, si se buscó que el denominado representante tenga cierta discrecionalidad en su desempeño o que simplemente se limite a transmitir el documento sin ningún poder de actuación.

En caso de considerar que se trata efectivamente de un representante, sus principales tareas serían que “ayude a interpretar el contenido del documento y a tomar las decisiones terapéuticas que se juzguen más convenientes, atendidas las circunstancias del caso y sin olvidar los criterios de ‘opción vital’ del paciente”⁶⁸. En caso de existir un vacío en el documento recaería en él la toma de decisiones, excluyendo a cónyuge, concubino o parientes, potestad que le es atribuida como consecuencia de ser nombrado por el paciente. También estimamos que sería el encargado de representar al paciente en juicio, en caso de que surja algún conflicto relacionado con el documento de voluntad anticipada.

El art. 3º, inc. 2º, del decreto N° 80/2005 de la Región de Murcia, España, expresa cuál es la principal tarea del representante: «interpretará los valores y directrices que consten en el documento de instrucciones previas, de forma adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del otorgante y con respeto a su dignidad como persona».

Una segunda opción puede ser que la tarea del denominado representante sólo se limite a transmitir un mensaje, sin ninguna potestad de decisión. En este caso, más que un representante, podemos señalar que la figura se ajusta a la figura de nuncio o mensajero, dado que quien se encuentra en dicha posición, tiene como objetivo transmitir la voluntad del otorgante, pero carece de señorío para tomar decisiones que excedan la voluntad otorgada.

Frente a esta interrogante, resulta necesario incorporar la distinción que GAMARRA establece entre ambos institutos. “La actividad representativa presupone, entonces, un poder autónomo y libre de decisión, en la cabeza del representante; el representante ha de tener siempre una iniciativa propia, aunque esta sólo puede ejercitarse con efecto directo si se la desarrolla dentro de los límites del poder conferido; se trata de una actividad que debe ser, al menos en parte discrecional”. “Los caracteres que acaban de precisarse están ausentes, por completo, en la figura del mensajero. Éste no forma voluntad alguna, sino que comunica, notifica o transmite, una voluntad que ya está formada por el interesado. Y, puesto que no participa en la formación de la voluntad, sino que sólo interviene en la manifestación de esa voluntad, es evidente que carece de iniciativa y poder de decisión”⁶⁹.

Como bien expresa GALGANO “puede ocurrir que todos los elementos del contrato que se celebre hayan sido predeterminados por el representado, y que el representante se limite a declarar una voluntad en y para todo ajena. En este último caso, nos hallamos fuera del ámbito de la verdadera y propia representación; más bien, nos hallamos en la llamada nunciatura o *nunciatio*. Quien actúa en nombre de otro es aquí un simple *nuntio* de la voluntad de otro sujeto; es, según otra expresión, un medio o, con expresión tradicional, un *nuncius*, encargado de declarar la voluntad de otro”⁷⁰.

67 “Podría, en tal caso, recurrirse supletoriamente a las personas indicadas en el art. 7º”. GRADIN, op. cit., pág. 276.

68 MERINO Y HERNÁNDEZ, La regulación de las “voluntades anticipadas” en el Derecho Español, VI Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, Bogotá, 14-17 de noviembre de 2007, http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=vi%20congreso%20academias%20ponencia%202

69 GAMARRA, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. XV, F.C.U., Segunda Edición, Mdeo., 1976, pág. 102.

70 GALGANO, El negocio jurídico, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 375-376.

Si realizamos una interpretación estricta del texto, podemos visualizar que sólo se hace referencia al denominado representante para que «vele por el cumplimiento de esa voluntad», sin que se le atribuya otra potestad.

Consecuentemente, mediante la solución adoptada se procuró que fuera el paciente quien tomara la decisión referida a la voluntad anticipada y no que otro sujeto decida su futuro. Con dicha solución se salvaguarda la finalidad perseguida por la ley de respetar la autonomía y proteger la intimidad de quien emitió su voluntad⁷¹.

A favor de la figura del nuncio, el proyecto de ley uruguayo presentado en el 2001, establecía en su artículo 6º, la posibilidad de nombrar un sustituto «para que tome decisiones acerca de los tratamientos médicos en el caso de que el titular se vuelva incapaz de tomarlas por sí mismo». En este caso se optó por la inclusión de poderes de decisión en forma expresa, aspecto que omitió incluir el legislador en la ley vigente. En este sentido, también podemos mencionar que el citado proyecto de ley lo denominaba “sustituto”, lo que implica que busca simplemente sustituir el consentimiento, mientras que la ley N° 18.473 optó por denominarlo representante, teniendo como objetivo reproducir, manifestar, enseñar la voluntad del paciente.

Por el contrario, si entendemos que se trata de un representante, ajustado a la figura regulada por nuestro Código Civil, debemos interpretar que la ley 18.473 derogó el artículo que establece que la representación cae por la incapacidad del representado, o al menos, que constituye una excepción parcial a dicho instituto.

De ser así, podemos interpretar la expresión para que «vele por el cumplimiento de esa voluntad» en un sentido amplio, concibiendo que la misma implica que el representante debe procurar la realización de lo estipulado en el documento, pero también puede realizar actos que sean necesarios para la ejecución de éste. En caso de tratarse de un verdadero representante, su actuación podría resultar de gran utilidad en caso de existir un vacío en la manifestación de voluntad.

Estimamos que la solución correcta es, que en un principio, no se trata de un representante, dado que no cuenta con las facultades típicas de la figura; su única función es velar por el cumplimiento de la voluntad del paciente, lo que significa que debe perseguir que se respete y se lleve a cabo lo establecido en el documento. Pero estas facultades pueden ampliarse si llegará a existir un vacío en la manifestación de voluntad; en este caso, será el representante y no los parientes mencionados en el art. 7º, quien estará legitimado a tomar la decisión; aquél será el interlocutor habilitado para tomar las decisiones cuando no le sea posible hacerlo al otorgante.

En lo que dice relación con la posibilidad de sustitución del sujeto designado, el inc. 1º *in fine* del art. 6º prevé que «dicho representante podrá ser sustituido por la voluntad del titular o designarse por éste sustitutos por si el representante no quiere o no puede aceptar una vez que fuera requerido para actuar».

Tampoco se exige ninguna mención respecto a la aceptación del representante, por lo que entendemos que ella no requiere de ninguna formalidad y será válida la aceptación en el mismo momento en que sea requerido para actuar. Asimismo, “no tendrá ninguna sanción el rechazo de la designación por parte del representante”⁷².

En el Derecho comparado, se prevén algunas causales por las cuales se extingue la representación del paciente, a modo de ejemplo, la ley 7/2002, de 12 de diciembre, del Parlamento Vasco establece en su art. 2º, nal. 3 B que «el nombramiento de representante que haya recaído en favor del cónyuge o pareja de hecho de la persona otorgante se extingue a partir, bien de la interposición de la demanda de nulidad, separación matrimonial o divorcio, bien de la extinción formalizada de la pareja de hecho o unión libre». Empero, nada de ello se prevé por la ley uruguaya.

11. La adopción de medidas ante la ausencia de voluntad anticipada

El artículo 7º, en primer lugar, regula la situación de aquellos sujetos que no suscribieron ningún documento estableciendo cuál es su voluntad, y por encontrarse incapacitados no están habilitados para expresarla. En dicho caso, «la suspensión de los tratamientos o procedimientos será una decisión del cónyuge o concubino o, en su defecto, de los familiares en primer grado de consanguinidad». Se establece un claro orden, en primer

71 Algunas consideraciones de esta naturaleza se hacen en la doctrina, tanto nacional como extranjera. “El llamado “representante”, más que un representante, es un ejecutor encargado de vigilar el cumplimiento de la voluntad del declarante cuando éste se hubiere incapacitado” (GRADIN, op. cit., pág. 276). Por su parte, LONZANO MOLINA al hacer referencia a la ley de voluntad anticipada para el Distrito Federal (México), promulgada en enero del 2008, expresa que “más que un representante, es un executor encargado de vigilar el cumplimiento de la voluntad del declarante” (LONZANO MOLINA, “Tutela Cautelar y Voluntad Anticipada”, Not. 10, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, pág. 37).

72 ROSAS BARÓN, op. cit., pág. 881.

lugar correspondiendo al cónyuge o concubino, y en caso de no contar con los mismos, dicha tarea es de los padres o hijos. CAROZZI entiende que la ley “al referirse al cónyuge no se exige que se trate de persona que estuviera conviviendo con el enfermo, y al aludirse al concubino, no se establece que debe tratarse del concubino integrante de la unión concubinaria que reúna los presupuestos de los arts. 1° y 2° de la ley N° 18.246”⁷³. Pero a pesar de lo expresado considera que hubiera sido preferible que la norma hubiese limitado estos conceptos, excluyendo al cónyuge que se encuentra separado de hecho y al concubino que no cumple con los requisitos establecidos por la ley 18.246. Del mismo modo, CALVO denota que “frente a la coexistencia de más de un integrante del primer orden decisorio, entendemos que se debió haber dado relevancia al compañero afectivo conviviente sobre el otro, sea cónyuge o concubino”⁷⁴. También considera un error que en caso de que no exista vínculo afectivo en el primer orden, se debería haber dejado la decisión en los familiares en primer grado de consanguinidad. Las mismas interrogantes nos surgen respecto a la situación de los cónyuges que se encuentran iniciado ya el proceso de divorcio.

A pesar de que la ley N° 18.473 no se ha expresado sobre estos aspectos, creemos que resultan aplicables las disposiciones del C.C.U., dado que éste “admite la exclusión judicial de un cónyuge como curador del otro cuando existan motivos fundados. Y esos motivos pueden ser atribuibles a diversos factores, como por ejemplo, la tirantez de las relaciones entre los cónyuges, la imposibilidad material del cónyuge sano de desempeñar el cargo, su falta de capacitación en atención a los negocios del insano o su radicación en el extranjero”⁷⁵. Esta posibilidad surge del art. 442.1 del cuerpo civil que establece «El Tribunal por motivos fundados podrá apartarse de la curatela legítima, o aun prescindir de ella, así como regular los modos de su ejercicio».

“En caso de que nombrado el cónyuge sano como curador del insano, aquel promueva acción de divorcio, se torna inhábil para el ejercicio del cargo, por lo que procede su remoción (arts. 352, ord. 11° y 360, ord. 1°)”⁷⁶.

Entendemos que las facultades atribuidas a estas personas, es decir, a estos parientes, son mayores que las que se le atribuyen al denominado representante del art. 6° de la ley. En efecto, mientras éste sólo está habilitado a velar por el cumplimiento del documento de voluntad anticipada, los parientes legitimados podrán decidir sobre la continuación o suspensión del tratamiento que se esté llevando a cabo respecto al paciente.

Como hemos mencionado, no es de extrañar que en ciertos casos sea necesario una intervención urgente, por lo que no se puede desaprovechar el tiempo en la adquisición de instrumentos que prueben el vínculo con el paciente y que lo legitimen para tomar la decisión (testimonios de partida de matrimonio, de nacimiento, etc.). Es por ello que nos parece correcto recurrir al art. 10 de la ley N° 14.005 sobre ley de trasplante de órganos y tejidos para una aplicación analógica: «el parentesco o la vinculación al extinto... deberá probarse mediante declaración jurada y documentos de identidad. Incurrirá en el delito previsto en el artículo 239 del Código Penal el que realice falsa declaración». Anteriormente también se expresó la problemática que plantean los Registros Públicos (horarios, días inhábiles, entre otros), por lo que esta solución nos resulta acorde con la urgencia que se puede exigir en ciertas situaciones.

En Argentina podemos encontrar la Ley Nacional 24.193, modificada por ley 25.281, de 6 de julio de 2000 sobre trasplante de órganos y material anatómico humano que en su art. 21 prevé: «el vínculo familiar será acreditado, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que tendrá carácter de instrumento público, debiendo acompañarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas la documentación respectiva». Mientras que en Ecuador el Reglamento para la aplicación de la ley de trasplante de órganos y tejidos (Decreto N° 1600, de 6 de julio de 1998) en su art. 22 establece que «el vínculo familiar será acreditado, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada y escrita».

El inciso 2 expresa que «en caso de concurrencia entre los familiares referidos, se requerirá unanimidad en la decisión», de modo que, de existir varias de las personas mencionadas, se requerirá que ellas estén de acuerdo en la decisión. A su vez menciona que si se tratará de incapaces declarados, que no hubieran otorgado un documento de voluntad anticipada, la decisión «la deberá pronunciar su curador».

12. La situación de los incapaces

«Si se tratare de niños o adolescentes, la decisión corresponderá a sus padres en ejercicio de la patria potestad o a su tutor» (inc. 3° del art. 7). También se hace mención al caso en que los padres sean menores

73 CAROZZI, op. cit., pág. 12.

74 CALVO, “Ley de voluntad anticipada”, *A.D.C.U.*, T. XL, Sec. Doctrina, pág. 872.

75 HOWARD, *Incapacidad e Inhabilitación*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2005, págs. 193-194.

76 HOWARD, *Incapacidad...*, op. cit., pág. 194.

de edad, lo que provocaría un discernimiento de la tutela, en dicha situación se exige que el tutor consulte a los padres que efectivamente conviven con el niño.

«No obstante, cuando el paciente sea incapaz, interdicto o niño o adolescente, pero con un grado de discernimiento o de madurez suficiente para participar en la decisión, ésta será tomada por sus representantes legales en consulta con el incapaz y el médico tratante». La citada ley se ocupa de destacar que en «esta especial relación están involucradas tres personas, y más allá de que los padres tengan en principio la autoridad legal para tomar decisiones por sus hijos, esto no quiere decir que las dos partes más fuertes de esta relación (médico y padres) puedan excluir a la tercera (niños) de las discusiones y toma de decisiones respecto de su cuidado»⁷⁷.

Es interesante este cambio que está operando en el Derecho nacional y comparado, donde cada vez más adquiere mayor relevancia y se toma en cuenta la opinión del niño por su grado de madurez, y no ya por su edad exclusivamente. Es menester señalar que «en materia de consentimiento informado, cuando se trata de la toma de decisiones referidas al propio cuerpo y a la salud, el concepto jurídico de «capacidad» no coincide con el bioético de «competencia». La capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones debe distinguirse del especial discernimiento que debe tener una persona para asimilar una información brindada respecto del acto médico y, en función de ella, adoptar una decisión mediante la adecuada evaluación de las distintas alternativas, sus consecuencias, beneficios y riesgos»⁷⁸. «Se entiende por competencia para otorgar el consentimiento, a la capacidad para comprender la situación planteada, los valores en juego, las posibles opciones y sus consecuencias previsibles a fin de tomar finalmente una decisión coherente, racional»⁷⁹.

Al ser una decisión que repercute sobre la integridad física e incluso la vida del incapaz, resulta fundamental que se considere su opinión. Ser el representante legal del incapaz, no implica que se deba actuar acorde a los intereses del primero, sino que se debe velar por el interés del último. Por ende, para ser una decisión legítima se requiere que el representante legal consulte al incapaz sobre la futura decisión a tomar, y además que se cuente con la opinión del médico. A pesar de que la norma hace referencia a la participación del menor, no delimita su alcance, es decir, que tan en cuenta deberá ser tomada esa voluntad por el representante para decidir. En este sentido, el Código de la Niñez y la Adolescencia (ley N° 17.823, de 7 de noviembre de 2004) en su art. 8, inc.1°, establece que «Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida». Mientras que la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 16.137, de 28 de setiembre de 1990) en el art. 12, inc. 1°, consagra que «Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño».

Ahora la cuestión es ¿cómo se determina el grado de madurez? «En efecto, la principal desventaja que presenta este sistema amplio es la dificultad de precisar cuándo existe madurez suficiente para tomar una decisión en materia de salud, así como también la de establecer a cargo de quién estará la determinación dicha madurez»⁸⁰. Esta será la tarea del Juez, pero no exclusivamente, sino que resulta adecuado que se acompañe de la opinión de otros profesionales, los que pueden ser más aptos para el tema, como son los psicólogos y los médicos.

«En definitiva, las nociones de «competencia» o mayoría anticipada para el acto médico nos obligan a rever los tradicionales conceptos civilistas de «capacidad», «patria potestad» y «representación» de los progenitores. En este orden de ideas, en materia del cuidado del propio cuerpo (al igual que respecto de los demás derechos fundamentales), debería pensarse en una alternativa que concilie su ejercicio con la responsabilidad parental, excluyendo del ámbito de la representación aquellos actos que en función de su edad y madurez el niño o adolescente pueda ejercer por sí mismo o, en su caso, con la asistencia de sus progenitores»⁸¹.

77 FLAH y MINYERSKY, «Consentimiento informado de niñas, niños y adolescentes. Derechos personalísimos. Reconocimiento de la capacidad progresiva en la protección de la salud», *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 7 (2010), pág. 128.

78 FLAH y MINYERSKY, *ibídem*.

79 BERRO ROVIRA, «Consentimiento médico en niño, niña y adolescente», *R.U.D.F.*, n° 16, pág. 121.

80 FAMÁ, «El derecho de niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo en el marco de la responsabilidad parental», *La Familia en el Nuevo Derecho*, Dir.: Kemelmajer de Carlucci, T. II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2009, págs. 357.

81 FAMÁ, *op. cit.*, págs. 353-354.

13. Referencia a la Comisión de Bioética

Como hemos mencionado, el art. 7º se ha encargado de establecer quiénes deberán tomar la decisión cuando el paciente no ha emitido una declaración de voluntad anticipada, ello «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8º de la presente ley». Esto se debe a que el artículo siguiente, exige el pronunciamiento de las Comisiones de Bioética.

Resulta menester mencionar que es principalmente en estas hipótesis en las cuales no es la propia persona quien decide sobre su futuro, sino un tercero, y que las Comisiones de Bioética deberán ejercer un control más significativo sobre las decisiones adoptadas.

En los casos en que se haya acordado la suspensión de los tratamientos, se deberá comunicar la medida adoptada a la Comisión de Bioética de la institución y a la Comisión de Bioética y Calidad Integral de la Atención de la Salud del Ministerio de Salud Pública⁸².

Ello es «en todos los casos de suspensión de tratamiento», por lo que no se requerirá su comunicación cuando se ha optado por la continuación de los mismos⁸³. Sin embargo, ¿no sería conveniente que se emita al respecto en caso de que la continuación del tratamiento constituya un encarnizamiento terapéutico?

La N° 18.473 fija un plazo de 48 horas desde que las Comisiones han recibido la comunicación de suspender los tratamientos para que resuelvan. «En caso de no pronunciamiento en dicho plazo se considerará tácitamente aprobada la suspensión del tratamiento». Al respecto se puede objetar el corto plazo establecido y el haber optado por la suspensión, en vez de por la continuación del tratamiento.

El pronunciamiento de las Comisiones de Bioética depende de si las mismas existen o no en la institución médica, habiendo optado por prescindir de aquél en caso de que no exista ninguna de las referidas en la institución. MONTANO critica esta opción con base en la función de control y protección que tienen estas Comisiones, principalmente en casos donde se encubre la verdadera causa de la suspensión, como puede ser la presión de la institución médica sobre el médico tratante o el agotamiento de la familia. En este sentido, expresa que “debería existir un mecanismo que obligue a obtener siempre la opinión de la Comisión de Bioética”. “Es necesario un tercero imparcial que acompañe y fiscalice, con su decisión objetiva y preparada específicamente, la difícil resolución que deben adoptar tanto el médico como los familiares”⁸⁴.

Podemos señalar que nuestro ordenamiento jurídico establece mecanismos de control en aquellos casos donde se afectan derechos de los incapaces, a modo de ejemplo, los arts. 395 y 396 del Código Civil exigen venia judicial para ciertos actos del curador que repercuten en el incapaz; es por ello que resulta ilógico que no se haya establecido un control más exigente por parte de la Comisión de Bioética, cuando se trata de derechos de tal magnitud, como la vida del paciente.

¿Cuál es el fundamento de estas Comisiones? En cuanto a lo que refiere a la ley N° 18.473, serán quienes determinarán si procede la suspensión del tratamiento, o si por el contrario, corresponde continuar con el mismo. El decreto N° 274/010 que tiene como fin reglamentar la ley N° 18.335, establece en su art. 39 que «Las Comisiones de Bioética promoverán la difusión y aplicación de los principios reconocidos y consagrados por las normas constitucionales, legales y reglamentarias en materia de Bioética». En esta dirección, es posible mencionar como los principios fundamentales de la Bioética: la autonomía, la beneficencia, la no maleficencia y la justicia distributiva.

La ley N° 18.473 establece que la intervención de la Comisión de Bioética procederá en los casos que se determine la suspensión de los tratamientos, por lo que de constatare la existencia de alguna irregularidad o ilegitimidad, se podría recurrir a la justicia ordinaria para que se expida sobre dicho asunto. Aun así, entendemos que en caso de que la Comisión no se oponga o que se proceda a la suspensión por la falta de su pronunciamiento, la vía judicial igualmente sería un mecanismo hábil. La norma en ningún momento prohíbe la intervención de la justicia, lo que resulta lógico debido las fatales consecuencias que podría producir la suspensión.

“Estas Comisiones de Bioética no pueden crearse dentro de cada institución pública o privada ya que algunas de estas instituciones son muy pequeñas y puede llegar a fallarse por amiguismo, en un ambiente donde la proximidad, la jerarquía y la amistad pueden intentar ocultar conductas médicas reprochables, con un claro tinte corporativista. Dada las características del país, lo natural sería constituir Comités de Bioética

82 Cabe mencionar que el art. 40 del decreto reglamentario N° 274/2010, de 8 de setiembre de 2010, establece que «Las Comisiones de Bioética actuarán con independencia técnica dentro del ámbito de cada servicio de salud. Excepto cuando la Ley disponga lo contrario, los asesoramientos y dictámenes de las Comisiones de Bioética tendrán el carácter de recomendaciones no vinculantes».

83 En igual sentido, podemos mencionar a MONTANO, *op. cit.*, pág. 58.

84 MONTANO, *op. cit.*, pág. 58-59.

regionales o simplemente dos: uno para el interior y otro para la capital nacional, compuesta de integrantes elegidos entre especialistas en bioética y con una trayectoria que permita tener confianza en la imparcialidad de sus decisiones”⁸⁵.

14. La objeción de conciencia

El art. 9 de la ley preceptúa que “de existir objeción de conciencia por parte del médico tratante ante el ejercicio del derecho del paciente objeto de esta ley, la misma será causa de justificación suficiente para que le sea admitida su subrogación por el profesional que corresponda”.

“Precisamente el ámbito de los tratamientos médicos constituye un conjunto particularmente rico y complejo en relación a la objeción de conciencia, por los valores que allí están en juego (vida, integridad física, intimidad, etc.) y las responsabilidades de los actores en cuestión (paciente, personal sanitario, familiares, etc.)”⁸⁶.

La objeción de conciencia, puede ser definida como “un acto individual e íntimo, no violento, basado en la libertad de no acatar ciertas normas, en función de una fidelidad a ciertos principios culturales”⁸⁷. Es “la actitud de quien se niega a obedecer una orden de la autoridad o un mandato legal invocando la existencia, en su fuero interno, de una norma que le impide asumir el comportamiento prescrito”⁸⁸. GONZÁLEZ MERLANO entiende que el art. 9° de la ley 18.473 plasma “una objeción de conciencia impropia, ya que no se configura ninguna desobediencia, puesto que la ley exime del cumplimiento del deber”⁸⁹.

Es la protección que otorga el ordenamiento jurídico (principalmente el derecho a la libertad consagrado por el artículo 7° de la Constitución, pero también el art. 54 que establece la independencia de la conciencia moral del trabajador) a la persona que debido a sus convicciones y valores se niega cumplir con una actividad determinada, a pesar de que la misma es jurídicamente obligatoria. “Es ínsito a este derecho la facultad de manifestar individual o colectivamente en forma pública o privada la creencia que se profesa, como también la de repeler toda injerencia arbitraria que le afecte”⁹⁰. Implica que su actuación sería antijurídica, pero con base en la verdadera imposibilidad del actor de cumplir con un mandato contrario a sus valores, resulta acorde al derecho.

Se habla del «derecho del paciente objeto de esta ley», por lo que sería tan admisible que el médico objetará la suspensión del tratamiento, como su continuación, especialmente en aquellos casos que constituiría encarnizamiento terapéutico.

En nuestra opinión, de cumplirse realmente con lo previsto por la ley, es decir, de tratarse de un paciente en estado terminal sin posibilidad de curación, el médico no tendría porque alegar objeción de conciencia, dado que “por esto el médico no tiene motivo de angustia, como si no hubiera prestado asistencia a una persona en peligro”⁹¹. Pero sería una obligación del médico invocar la objeción de conciencia en caso de no cumplirse con la normativa, generando un daño ilegítimo a la persona. Además se vería obligado de denunciarlo ante la Comisión de Bioética o la justicia. “En tal sentido, consideramos que se debería dejar constancia de tal solicitud en la historia clínica del paciente, a efectos de que el médico tenga un elemento de defensa en caso de que le fuera imputada en el futuro algún tipo de responsabilidad por tal motivo”⁹².

La norma considera a la objeción de conciencia del médico tratante como «causa de justificación suficiente para que le sea admitida su subrogación por el profesional que corresponda».

Si el ordenamiento jurídico ha reconocido la facultad de emitir documentos de voluntad anticipada, donde es respetada la intimidad del otorgante, creemos que tienen el mismo derecho los médicos a que se respete su intimidad, y por lo tanto, puedan objetar el cumplimiento de los deseos del paciente por ser éstos contrarios a sus convicciones personales o religiosas.

85 SANTOS BELANDRO, *Minoridad y...*, op. cit., pág. 434.

86 GONZÁLEZ MERLANO, “La objeción de conciencia en la Ley n° 18.473, sobre voluntad anticipada”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 7 (2010), pág. 416.

87 BERCHESE, “Objeción de conciencia ¿Sabemos qué significa?”, *La Ley Online Uruguay*, pág. 4.

88 BERCHESE, op. cit., pág. 1.

89 GONZÁLEZ MERLANO, op. cit., pág. 421.

90 BERAITZ DE BOGGIANO, *La objeción de conciencia como ejercicio legítimo de las libertades de pensamiento, conciencia y religión*, T. 1995-B, *La Ley*, pág. 1287.

91 CANALIS y VIGNOLO, op. cit., pág. 387.

92 AVERSANO y RODRÍGUEZ, op. cit., pág. 121.

“La objeción de conciencia en el campo de la Salud es una de las principales y más importantes salvaguardas para permitir al médico mantener su independencia e integridad psíquica y moral, permitiéndole defenderse ante cualquier presión externa que le obligara a actuar o a llevar a cabo cualquier intervención que contravenga sus más íntimas creencias o convicciones morales y personales. Es, además, una de las más evidentes muestras de la estrecha relación que une el ejercicio de la Medicina, al Derecho y a la Ética”⁹³.

En un sentido parecido, el art. 42 de la ley de voluntad anticipada para el Distrito Federal de México establece que «el personal de salud a cargo de cumplimentar las disposiciones establecidas en el Documento o Formato de Voluntad Anticipada y las disposiciones de la presente Ley, cuyas creencias religiosas o convicciones personales sean contrarias a tales disposiciones, podrán ser objetores de conciencia y por tal razón excusarse de intervenir en su realización».

“Respetar la libertad de conciencia y, por tanto, dar cabida en forma creciente, en el sistema jurídico, a la objeción de conciencia, constituye un seguro reducto de preservación de la identidad personal y social, una forma de expresión de disenso democrático ordenado y pacífico, que hace patente la función del Estado como garante de los derechos y libertades fundamentales”⁹⁴.

15. Obligaciones de las instituciones médicas (art. 10 y 11)

En lo que refiere a las voluntades anticipadas, la norma establece determinadas obligaciones que deben ser atendidas por las instituciones médicas, sin importar que las mismas sean públicas o privadas.

Se consagra que las instituciones deberán «proveer programas educativos para su personal y usuarios, sobre los derechos del paciente que estipula la presente ley» (art. 10, B) y que deben «garantizar el cumplimiento de la voluntad anticipada del paciente» (art. 10, A). Esto último implica respetar la voluntad de oponerse a determinados tratamientos médicos (art. 1 inc. 2) o por el contrario, brindarle todos los tratamientos y procedimientos posibles, aún cuando los mismos prolonguen la vida en detrimento de la calidad de la misma. Las instituciones de asistencia médica están obligadas a respetar y cumplir con los documentos de voluntad anticipada, a pesar de que no compartan las convicciones morales de las personas que otorgaron las mismas.

Por su parte, el último artículo de la ley (art. 11) establece que «Las instituciones públicas y privadas de prestación de servicios de salud no condicionarán la aceptación del usuario ni lo discriminarán basándose en si éstos han documentado o no su voluntad anticipada». El precepto tiene como fundamento ostensible prohibir que se ejerza algún tipo de presión sobre el paciente, principalmente por la ideología o los elevados costos que los tratamientos implican para la institución. Podemos afirmar que el art. 11 protege la libertad de conciencia del paciente, mientras que el artículo 9 protege la libertad de conciencia del médico.

Pero también es factible encontrar otras obligaciones de las instituciones médicas, además de las que surgen expresamente de los mencionados artículos. Por cierto, algunas de las obligaciones se encuentran consagradas de forma explícita en la ley, mientras que otras están incluidas de manera implícita. Como muestra, entre los deberes de estas instituciones se pueden incluir: brindar los cuidados paliativos que correspondiere, conservar la historia clínica, poner ésta a disposición el segundo médico que ratificará el diagnóstico, comunicar la suspensión de un tratamiento a la Comisión de Bioética y Calidad Integral de la Atención a la Salud del Ministerio de Salud Pública.

3ERA. PARTE: CONCLUSIONES

Comenzamos el presente trabajo haciendo referencia a como, históricamente, en los países occidentales y latinos prevalecía la salud del individuo y el orden público, a diferencia de lo que acontecía en los países anglosajones, donde gozaba de un mayor poder la autonomía del individuo. Sin embargo, en la actualidad es posible señalar que esa ya no mantiene una vigencia integral.

Es evidente que el Derecho Médico está sufriendo una transformación, dado que se ha dejado de lado el paternalismo médico, donde se prescindía de la voluntad de la persona humana y se actuaba conforme a la determinación del médico. Ello tiene como consecuencia que, ha comenzado a reconocerse una vital importancia a la autonomía de la persona, al decidir sobre temas que afectan su salud. En este sentido, podemos mencionar la necesidad de que toda persona otorgue su consentimiento para que se le practique cualquier

93 MONTANO Y GÓMEZ DE ALÍA, PUERTO GONZÁLEZ e IGLESIAS MÉNDEZ, op. cit., pág. 137.

94 GONZÁLEZ MERLANO, op. cit., pág. 423.

procedimiento médico, la posibilidad de establecer la donación de órganos de forma anticipada y las declaraciones de voluntad anticipada que hemos estudiado en el presente trabajo. A estos tópicos debemos agregar el reconocimiento de la competencia de los menores para participar en las decisiones que repercutan sobre su salud, consentimiento que deberá ser tomado en consideración, tanto por el médico como por su familia.

Pero a pesar de la importancia que tiene la voluntad, no se deben dejar de lado otros aspectos tan importantes como la dignidad de la persona. Para ello se debe proteger y promover el respeto de la autonomía, por el valor que de los fundamentos en que ésta se basa (convicciones ideológicas, morales o religiosas), pero tal ejercicio de la voluntad tiene como límite que se utilice de forma responsable, y como consecuencia de lo expresado, no se puede hacer uso de ella para admitir el suicidio o la eutanasia.

“Como queda de manifiesto, esta norma marca definitivamente las nuevas tendencias en materia de Derecho Médico, donde el respeto a la libertad del paciente ocupa el primer lugar, quedando la protección de su salud en un segundo plano. Asimismo, existe sin duda en el espíritu de esta norma, una clara tendencia a la humanización de los servicios sanitarios, al respeto de la intimidad, confidencialidad y no discriminación del usuario de servicios de salud”⁹⁵.

Aspectos positivos de la ley

- No resignó en los Tribunales la decisión sobre la continuación o la suspensión de un tratamiento médico, aunque –en definitiva– se podría recurrir a ellos. No parece adecuado que un Juez, quien puede tener valores por completo distintos a los del paciente, sea quien tome una decisión que evidentemente se vincula con la dignidad de éste.
- Da solución a la falta de una voluntad jurídicamente hábil de los incapaces, a pesar de que es dable encontrar en la ley algunos aspectos criticables.
- Confiere seguridad a los médicos, demás profesionales de la salud y a las instituciones de salud en lo atinente a eventuales acciones de responsabilidad.
- Concede seguridad a los firmantes, en el sentido de que sus voluntades se van a cumplir; lo cual implica reconocer los derechos a la intimidad, la libertad y la autodeterminación. Antes de la ley, la carencia de regulación al respecto conducía a que no se garantizara el cumplimiento de la voluntad de quien la había emitido, aún cuando la misma constará por escrito.
- Se respeta la libertad de conciencia.
- Se reconoce, en definitiva, que el encarnizamiento terapéutico no es una forma digna de morir.

95 AVERSANO y RODRÍGUEZ, op. cit., pág. 112.